ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVIII, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2025

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Periodicidad: Trimestral
Precio de suscripción: 85,00 € (más gastos de envío).
Precio del fascículo suelto: 25,00 € (más gastos de envío).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes
(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 LXXVIII, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2025

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

BOLETÍN
OFICIAL
DEL ESTADO

MADRID, 2025

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

M.ª Paz GARCÍA RUBIO: «El incumplimiento en la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023» 827

Esteve BOSCH CAPDEVILA: «El pacto de preferencia y las promesas de contrato en la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023» 863

Juan DAMIÁN MORENO: «Aspectos procesales de la nueva propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos: una aproximación» 925

José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: «La guarda de hecho y su régimen de funcionamiento de la Ley 8/2021» 961

Aurora LÓPEZ AZCONA: «La modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad por la Ley 3/2024, de 13 de junio: una visión comparada con el sistema estatal» 1129

Josep SOLÉ FELIU: «De nuevo sobre el defecto del producto. Análisis del artículo 7 de la Directiva (UE) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos» 1253

Bibliografía

LIBROS

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

LANA ARCEIZ, Víctor Javier: «El deber de mitigar el daño», por Javier Fajardo Fernández 1319

MAS BADÍA, M.ª Dolores: «¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda», por Diego Fierro Rodríguez 1322

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno; CARO GÁNDARA, Rocío, LEGERÉN-MOLINA, Antonio (eds.): «Cause and Consideration» – Exploring the Foundations of Contract Law», por Antoni Vaquer Aloy 1326

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ, Davinia CADENAS OSUNA 1331

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

José Ignacio PAREDES PÉREZ: «Competencia judicial internacional y ley aplicable a los contratos de aprovechamiento por turno sobre bienes inmuebles situados en España. Un estudio a la luz de la STS núm. 1427/2024, de 30 de octubre de 2024 y la práctica judicial española» 1377

SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Brian BUCHHALTER MONTERO, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, José María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO 1479

El incumplimiento en la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023 *

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela
Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

RESUMEN

Este trabajo trata de dar cuenta de los rasgos generales que presenta el incumplimiento del contrato en la Propuesta Reformada de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, publicada por el Ministerio de Justicia en 2023, sin duda, uno de los temas de mayor relevancia de este texto prelegislativo.

Previa justificación de la terminología utilizada y de la ubicación sistemática de las normas que establecen los perfiles de la figura, el artículo se centra en el concepto unitario, neutral y abstracto de incumplimiento de la Propuesta, muy distanciado de la dispersa y lagunosa regulación del Código civil vigente sobre el tema. Se ofrece además una interpretación argumentada sobre las disposiciones legales concretas que desarrollan el citado concepto.

A continuación, se analizan las respuestas (punto de vista de la ley), sanciones (punto de vista del deudor) o, como prefiero la Propuesta, remedios (punto de vista del acreedor), frente a dicho incumplimiento. Seguidamente se explican las reglas que establecen la relación de compatibilidad o incompatibilidad entre los diferentes remedios, así como la que declara el incumplimiento del contrato y sus remedios como paradigma del incumplimiento de cualquier relación obligatoria, sea cual sea su fuente. Finaliza el trabajo dando cuenta de la desaparición de las normas sobre transmisión del riesgo y de las razones que lo justifican.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 y el FEDER, sobre «La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español» (Referencia PID2022-138909NB-I00) (investigador/a principal: María Paz García Rubio y Javier Maseda Rodríguez).

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento, contrato, obligación, deudor, acreedor, imputación, deber de colaboración, remedios, articulación, trasmisión del riesgo.

Non-performance in the 2023 Proposal for the modernization of the civil code on obligations and contracts

ABSTRACT

The purpose of this paper is to outline the general features of non-performance in the Reformed Proposal for the Modernization of the Civil Code on Obligations and Contracts, published by the Ministry of Justice in 2023—undoubtedly one of the most significant issues in the pre-legislative text.

After justifying the terminology used and the systematic placement of the rules that define its characteristics, the article focuses on the unitary, neutral, and abstract concept of non-performance in the Proposal, which is markedly different from the Civil Code's scattered and inconsistent regulation on the matter. It also provides a reasoned interpretation of the specific legal provisions that develop this concept.

Next, the paper analyzes the responses (from the perspective of the law), sanctions (from the perspective of the debtor), or, as the Proposal prefers, remedies (from the perspective of the creditor) to such non-performance. It then explains the rules governing the compatibility or incompatibility of different remedies, as well as the rule that establishes breach of contract and its remedies as the paradigm of non-performance in any obligatory relationship, regardless of its source. The paper concludes by addressing the disappearance of the rules on the transfer of risk and the reasons that justify this change.

KEY WORDS

Non-performance, contract, obligation, debtor, creditor, imputation, duty of cooperation, remedies, articulation, transfer of risk.

SUMARIO: 1. *Introducción. Gestación y desarrollo de la nueva Propuesta reformada de 2023. En particular, las reglas del incumplimiento.*–2. *Un par de cuestiones previas.* 2.1 La terminología de la PM 2023. 2.2 La ubicación sistemática del incumplimiento y los remedios.–3. *El nuevo concepto de incumplimiento.* 3.1 Innovación respecto al Código civil vigente. Las explicaciones de la Exposición de Motivos. 3.2 Concepto unitario y neutral del incumplimiento de la obligación. 3.2.1 En el ámbito comparado e internacional. 3.2.2 En la Propuesta de Modernización de 2023. 3.3 Regulación articulada de los remedios o consecuencias del incumplimiento y enumeración. Trazos generales y reglas de

coordinación. 3.3.1 Enumeración. 3.3.2 Supuesta prioridad de la pretensión de cumplimiento. 3.3.3 Elección, compatibilidad y acumulación de remedios. 3.4 Los remedios al incumplimiento del contrato como paradigma.–4. *La supresión de la disciplina de la transmisión del riesgo.–Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN. GESTACIÓN Y DESARROLLO DE LA NUEVA PROPUESTA REFORMADA DE 2023. EN PARTICULAR, LAS REGLAS DEL INCUMPLIMIENTO

La reformada Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante, PM 2023) nace de un encargo del Ministerio de Justicia de España (reiterado por los distintos ministros desde 2017 a 2023) hecho a un grupo de trabajo dentro de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación[1]. Se trataba de realizar la puesta al día de la Propuesta publicada en 2009 que la propia Sección Primera había elaborado bajo la presidencia y dirección del Pr. D. Luis Díez-Picazo (en adelante, PM 2009).

La PM 2009 ya contenía las grandes líneas de innovación de los Títulos I y II del Libro IV del Código civil español, relativo a la teoría general de las obligaciones y a la teoría general del contrato, la misma tarea que ahora se acomete. Esas modificaciones estaban inspiradas en el conocido como moderno Derecho de contratos surgido a partir la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante, CISG, por sus siglas en inglés), de la que forma parte España desde 1991 y cuya importancia como modelo se puso ya de manifiesto en la Exposición de Motivos de la PM 2009. También se inspiró en otros textos internaciones de distinta naturaleza, como los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales (en adelante, PICC, por sus siglas en inglés) y, sobre todo, de los Principios de Derecho europeo de contratos (PECL, por sus siglas en inglés). Igualmente sirvieron de modelo algunas Directivas comunitarias en materia de contratos con consumidores, que fueron objeto de trasposición al ordenamiento jurídico español en el ámbito específico de la legislación de consumo, pero que igualmente influyeron en la evolución de la legislación general (por ejemplo, en materia de condiciones generales de la contratación) y en la interpretación doctrinal y

[1] El citado grupo, presidido por Antonio Manuel Morales Moreno, estuvo formado por Teodora Torres García, M.ª Paz García Rubio, Nieves Fenoy Picón y Francisco Oliva Blázquez.

jurisprudencial de las viejas reglas contenidas en el Código civil de 1889. Dentro del ámbito de los ordenamientos estatales, similares líneas maestras eran las seguidas en los Códigos civiles nuevos o profundamente reformados, como el neerlandés de 1992 y el BGB alemán, modernizado en 2002.

Los catorce años transcurridos entre ambas propuestas explican, en parte, las novedades que introduce la PM 2023 en relación con su precedente. Estas innovaciones, en su mayoría, son fruto de la aparición de nuevos textos nacionales y trasnacionales posteriores a los que fueron tomados en consideración en 2009. Destacan el llamado Borrador de Marco Común de Referencia (DCFR, por sus siglas en inglés), y las recientes reformas de los Códigos civiles francés (operada entre los años 2016 y 2018) y belga (2023). Además, algunos cambios derivan de la experiencia surgida durante esos catorce años, así como de la intención de aclarar ciertas cuestiones que ha venido suscitando el nuevo modelo y que no parecían del todo bien perfiladas en la PM 2009. Tampoco se deben olvidar las innovaciones de Derecho positivo interno que se han producido en textos como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU, 2014 y modificaciones posteriores) o incluso en el Libro VI del CCCat.

Se decía en la Exposición de Motivos de la PM 2009 que una de las razones para realizar esa Propuesta era la de buscar una mayor aproximación del Derecho español a los Derechos europeos, tal y como estos son concebidos hoy en día; sin duda, el objetivo es compartido por la PM 2023. Teniendo esto presente y a pesar de las diferencias entre ambos textos, se puede afirmar que las dos propuestas recogen similares principios y nociones instrumentales. Entre ellos destaca el que va a ser objeto de este trabajo: el concepto general o unitario, abstracto y neutro de incumplimiento, así como las respuestas (remedios) de los que, en su caso, goza el acreedor frente a dicho incumplimiento. No es, ni mucho menos, el tema del incumplimiento el único que marca la línea de continuidad entre ambas Propuestas, pero no cabe duda de que sí es uno de los más importantes, sobre todo por su marcado carácter innovador con respecto al texto del Código civil vigente.

Analizaré a continuación la noción de incumplimiento de la PM 2023 y, de manera muy sucinta, aludiré a las respuestas (punto de vista de la ley), o remedios (punto de vista del acreedor), o sanciones (punto de vista del deudor) frente a dicho incumplimiento. Más adelante trataré de explicar las reglas que establecen la relación de compatibilidad o incompatibilidad entre los diferentes remedios, así como la que declara el incumplimiento del contrato y

sus remedios como paradigma del incumplimiento de cualquier relación obligatoria, sea cual sea su fuente. Finalizaré la exposición dando cuenta de la desaparición de las normas sobre transmisión del riesgo y de las razones que lo justifican.

Antes de detenerme en los asuntos señalados, apuntaré dos cuestiones previas que han sido resueltas en esta PM 2023 de manera distinta a como lo han hecho algunos códigos vecinos recientemente reformados, como el francés, el belga o, incluso un poco antes, el alemán: me refiero a la terminología utilizada y a la ubicación sistemática de esas normas sobre incumplimiento.

2. **UN PAR DE CUESTIONES PREVIAS**

2.1 LA TERMINOLOGÍA DE LA PM 2023

La PM 2023 sigue en este punto la terminología de los textos internacionales más señeros (CISG, PECL, PICC y DCFR), al optar por el término incumplimiento (*non-performance*, en su versión en inglés). De este modo, la perspectiva adoptada es la del acreedor, poniendo de relieve que lo importante es el resultado, el no cumplimiento, y no tanto las causas o la actuación de las partes que condujeron a aquel. Lo cierto es que el más francófono término inejecución (*ínexécution*[2]) parece apelar igualmente al resultado[3].

En cambio, en el BGB se utiliza la noción de *Pflichtverlerzung*[4], muy próxima al *breach of duty* anglosajón[5], que se puede traducir como lesión del deber, y que está referido a los deberes derivados de la relación obligatoria[6]. De este modo, parece que la perspectiva no es tanto la del resultado, como la de la conducta del

---

[2] Artículos 1217 y ss. Code civil francés, que se sitúan en la sección 5 del subtítulo 1 (*Le contrat*) de Título III (*Des sources de´obligations*), y por tanto entre las normas de los contratos (*L´inexécution du contrat*); es el mismo término (*inexécution*) que se utiliza en Código civil belga.

[3] Es remarcable que *non-performance* e *inexécution* son considerados términos sinónimos en Kötz, 2020, p. 308. Se trata de la versión francesa del libro de Kötz, *Europäisches Vertragrecht*, que con el título *Droit européen des contrats*, ha sido realizada por Fauvarque-Cosson, con la colaboración de Signat y Galbois-Lehalle.

[4] En el Derecho alemán se utiliza también la expresión «*Leistungsstörung*», que según su creador (Stoll, 1936, p. 13) hace alusión a cualquier obstáculo que impida realizar la finalidad perseguida en la relación obligatoria, lo que la aproxima mucho al concepto de *non-performance.*

[5] De hecho, *Pflichtverlerzung* se traduce como *breach of duty* en Kötz, 2017, p. 242. Se trata de la versión inglesa del mismo libro de Kötz citado en la nota 3, *European Contract Law,* traducido por Mertens y Weir, 2.ª ed., Oxford University Press, 2017, p. 242.

[6] Looschelders, 2021, pp. 277 ss. (traducción al español por Gómez Calle); considera el autor que el régimen jurídico vigente en el BGB tras la reforma de 2002 es un

deudor, lo que para algunos autores tiene relevancia[7]; en cambio, para otros la dualidad de puntos de partida y la terminología adoptada tienen en la práctica escasa trascendencia práctica[8].

2.2 LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL INCUMPLIMIENTO Y LOS REMEDIOS

Siguiendo el mismo criterio de la PM 2009[9], el texto de la PM 2023 coloca las reglas sobre el incumplimiento y sus remedios entre las normas de la Teoría general de la obligación (Título I, del libro IV del CC), criterio que entre los modelos que conocemos se adopta, por ejemplo, en el BGB y entre los textos del *soft law* en el DCFR[10].

No es esta, sin embargo, una solución uniforme. La opción que sigue, por ejemplo, el *Code* civil francés tras la Ordenanza de 2016 es la de situar la materia que nos ocupa, en la Sección V («*De l´inexècution du contrat*») del Capítulo IV («*Les effets du contrat*») del *Code* civil. Esto supone un notable cambio de sistemática respecto de la versión original que trataba las cuestiones relacionadas

---

«sistema mixto» entre el sistema anterior, orientado a supuestos de hecho, y el sistema puramente orientado a las consecuencias jurídicas, que sería el del incumplimiento.

[7] Afirma que ambas perspectivas pueden tener ventajas e inconvenientes, KLEINSCHMIDT, 2018, p. 1081, para quien la perspectiva del resultado tiene problemas en caso de que el deudor no se haya comprometido a un resultado concreto, sino a la realización de los mejores esfuerzos para alcanzarlo, mientras que la perspectiva de la conducta del deudor suscita reparos en caso de imposibilidad, sobre todo inicial. La cuestión de la idoneidad o no del concepto neutro de incumplimiento en las llamadas obligaciones de medios es abordada por MORALES MORENO, A. M. en varios trabajos que ponen de relieve que también en las obligaciones de hacer referidas, por ejemplo, a la prestación de servicios, la falta de diligencia del deudor expresa la falta de conformidad con el servicio e indica, igualmente, que no se ha producido el resultado buscado por el acreedor (MORALES MORENO, 2009, pp. 218-219).

[8] Así se expresa KÖTZ, 2017, p. 242, tanto en la versión inglesa de la obra, como en la versión francesa KÖTZ, 2020, p. 308, afirmando que, aunque las fórmulas alemana e inglesa parecen apelar al carácter reprensible de la conducta del autor, en sentido jurídico deben reconducirse al concepto neutro de *non-performance o inexécution*. Por su parte EBERS, *ADC*, 2003, pp. 1575-1608, espec. p. 1595, menciona, sin justificarlo, la imposibilidad de incluir la violación de un deber de protección, del retraso en el cumplimiento y del cumplimiento defectuoso dentro del concepto de incumplimiento.

[9] La PM 2009 rubricaba el Capítulo VII del Libro I, Del incumplimiento: Este se dividía en cinco secciones, respectivamente dedicadas a las Disposiciones Generales (arts. 1188 a 1191), De la acción de cumplimiento (arts. 1192 a 1196), De la reducción del precio (arts. 1197 a 1198), De la resolución por incumplimiento (arts. 1199 a 1204) y De la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1205 a 1212).

[10] El libro III del DCFR, titulado «*Obligations and corresponding rights*» destina su Capítulo 3 a los «*Remedies for non-performance*», divididos en siete secciones respectivamente rubricadas «*General*» (arts. III.-3:101 a III.-3:108), «*Cure by debtor of non-conforming performance*» (arts. III.-3:201 a III.-3:205), «*Right to enforce peformance*» (III.-3:301 a 3:303), «*Withholding performance*» (III.-3.-401), «*Termination*» (arts. III.-3:501 a III.-3:514), «*Price reduction*» (III.– 3:601), y «*Damages and interest*» (III.– 3:701 a III. 3:713).

con el incumplimiento de la obligación en distintos preceptos relativos a esta y no en la parte destinada a los contratos[11]. Al respecto, E. Savaux cuestiona si es más correcto hablar de inejecución del contrato o de inejecución de la obligación, concluyendo que lo más exacto sería hablar de inejecución de la relación contractual, aunque acepta que los tres conceptos se utilicen como sinónimos[12].

Por su parte, el nuevo Código civil belga disciplina de modo separado, y hasta cierto punto reiterativo, la inejecución de la obligación contractual, por un lado, y la inejecución de la obligación, por otro, dando además relevancia a la imputabilidad del deudor[13]. Como veremos después, esto significa que, al menos de modo formal, este modelo se distancia un tanto del recogido en los textos internaciones que optan *ab initio* por un concepto neutro de incumplimiento o inejecución, en el sentido que después se aclarará.

En realidad, la disparidad en la ubicación de las reglas sobre el incumplimiento no tiene mayor consecuencia práctica, ya que en todos los textos analizados el incumplimiento contractual es el paradigma sobre el que se construye todo el nuevo sistema. De este modo, con las adaptaciones que precise cada supuesto concreto, puede ser extendido a cualquier incumplimiento de otro tipo de relaciones obligatorias, como más adelante se comentará.

3. **EL NUEVO CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO**

3.1 INNOVACIÓN RESPECTO AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE. LAS EXPLICACIONES DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Al modo que sucede en los textos internacionales en los que este se inspira, comenzando por la CISG que fue la que realizó el cambio de paradigma, el concepto de incumplimiento que adopta la PM 2023 constituye una categoría central en el nuevo sistema destinado a conformar una teoría general de la obligación y del contrato[14]. Con idéntica inspiración, la PM 2023 pretende recoger de

---

[11] Flour; Aubert, Savaux, 2024, p. 1059, explicando este último las razones del cambio.

[12] Flour; Aubert, Savaux, 2024, p. 1060.

[13] «*L´inéxecution de l´obligation contractualle et ses conséquences*», cuya regulación se divide en «*L´inexécution imputable au débiteur*» (arts. 5.82 a 5.98) y «*L'inexécution qui n'est pas imputable au débiteur*» (arts. 5.99 a 5.102); y de modo un tanto reiterativo, «*L'inexécution de l'obligation*» (art. 5.224) distinguiendo a continuación «*L'imputabilité de l'inexécution*» (art. 5.225 ss). La explicación de esta duplicidad, en George; Colson; Cataldo, Fosséprez, 2023, p. 399.

[14] Kleinschmidt, 2018, p. 1077.

forma ordenada y coherente las consecuencias o remedios del incumplimiento, sede donde se toman en consideración las circunstancias que adornan cada uno de los incumplimientos posibles.

La pieza central que constituye el nuevo incumplimiento viene a sustituir al patrón codificado que, en realidad, estaba en este punto bastante falto de sistema[15]. Como corresponde a la tradición romana recogida en los modelos de los Códigos civiles decimonónicos, el Código civil español vigente reconoce sin demasiado orden y de manera incompleta distintas modalidades de incumplimiento, cada una de las cuales obedece a una serie de causas concretas[16]. Asimismo, con exigua organización, regula las particulares consecuencias de esas modalidades, para lo que se otorga singular relevancia al criterio de la culpa del deudor como tecla para ampliar o agravar sus efectos[17]. Algunas consecuencias se sitúan en lugares dispersos (por ejemplo, la resolución) e incluso ciertas normas sobre tales consecuencias están ubicadas fuera del Código; en concreto, en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Frente a este modelo español, propio del sistema tradicional continental que a la hora de considerar el incumplimiento pone el acento en los deberes de conducta del deudor, se dice que el modelo angloamericano, no sin matices, sitúa su fulcro en la exigencia de satisfacción del interés del acreedor[18]. Los textos internacionales del moderno Derecho de contratos tratan de establecer un puente entre ambos modelos, si bien en esta materia concreta se aproximan más al segundo por resultar, a la postre, más sencillo y útil, tanto para detectar el incumplimiento, como para ordenar sus consecuencias.

Y esta es la senda que parecen seguir las propuestas de Modernización del Código civil de 2009 y 2023 que, por ello, pudieran

---

[15] Como dice Morales Moreno, 2006, p. 23, las normas del Código civil sobre el incumplimiento ni son claras, ni constituyen un bloque normativo bien articulado.

[16] Se hace eco de ello la Exposición de Motivos de la PM de 2009 cuando en su apartado VIII señala: «Especialmente insuficiente ha demostrado ser, a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Carecen en ellos de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece, aunque deba decirse, en descargo de los codificadores españolas (sic) que problemas muy similares se han suscitado y continúan suscitándose en muchos ordenamientos europeos que tantas veces se han denominado como modernos y progresistas».

[17] Roca Trías, E., 2024, p. 124, «Solo debo advertir que en nuestro Código no hay una normativa unitaria sobre el incumplimiento de los contratos, lo que algunas veces genera la normal inseguridad derivada de la dificultad de determinar la norma aplicable, ni tan solo existe una definición de incumplimiento, ni de las situaciones que lo producen. Este es el punto que la jurisprudencia ha debido elaborar, mal que bien, para obtener por al menos una solución razonable a los casos».

[18] Explican ambos modelos, Díez-Picazo; Roca Trías, Morales Moreno, 2002, pp. 318 ss.

parecer a primera vista extremadamente innovadoras. Sin embargo, aunque la novedad es radical si se compara con el texto del Código, lo cierto es que no supone, ni mucho menos, una verdadera ruptura con el Derecho español actualmente vigente[19]. Al contrario, nos hallamos ante una regulación expresamente recogida tanto por la CISG, que forma parte del ordenamiento español desde 1991, como por el legislador interno en el ámbito de los contratos con consumidores (TRLGDCU). Es más, en buena medida en ambas propuestas se plasma una idea que tiene en nuestra literatura jurídica rompedoras referencias que, en algunos casos, superan con creces tres décadas de antigüedad[20] y que ya está perfectamente asumida por la jurisprudencia cuando aplica el desordenado Derecho común de contratos contenido en el Código de 1889[21].

Con todo, no sería acertado minimizar la trascendencia del cambio que ahora se pretende, pues es, sin duda, un cambio muy relevante. De su importancia da buena cuenta la Exposición de Motivos de la PM 2023 que le dedica los párrafos que me permito transcribir a continuación.

El Capítulo VI, dedicado al incumplimiento, es uno de los más innovadores con relación al decimonónico texto actualmente vigente. Adopta, al igual que sucedía en la PM 2009, un concepto unitario y neutral del incumplimiento de la obligación, en línea con los textos modernos sobre Derecho de contratos de ámbito transnacional y comparado. Ello implica la desaparición de algunas figuras tradicionales como la imposibilidad inicial, la mora o el cumplimiento defectuoso, que quedan ahora embebidas en la más general del incumplimiento. Además, se recogen los remedios o consecuencias del incumplimiento del contrato que permiten al contratante insatisfecho, según las circunstancias en que dicho incumplimiento se hubiera producido, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o su otra contraprestación no pecuniaria, suspender el cumplimiento de su obligación, resolver el contrato y exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le haya producido. En la disciplina de estos remedios, se han

[19] De forma similar, respecto del Código civil chileno, Vidal Olivares, 2018, pp. 447-474.

[20] Me refiero a los trabajos de Pantaleón Prieto, *ADC,* 1991, pp. 1019-1091 y Pantaleón Prieto, *ADC,* 1993, pp. 1719-1746. Junto con los de Morales Moreno que de modo reiterado se citan en esta contribución y Gómez Pomar, *InDret*, 2007, pp. 1-49, quienes pueden considearse las referencias doctrinales españolas inspiradoras del nuevo modelo de incumplimimento.

[21] Como dice del Olmo García, 2022, pp. 853-891, espec. p. 854: tanto es así que puede decirse que el nuevo modelo no está en el Código civil español, pero sí en el Derecho privado español (en la CISG, TRLGDCU, CCCat) y en la doctrina y la jurisprudencia; ya antes, Morales Moreno, 2006, pp. 36 ss.; García Pérez, 2011, pp. 330-368.

seguido las pautas marcadas por el moderno Derecho de contratos y por la PM 2009, en buena medida recibidas ya por nuestra jurisprudencia. En cuanto al remedio de la indemnización de daños, la PM 2023 utiliza, como hace la PM 2009, el criterio de imputación determinado por la esfera de control. Esto implica, sin duda, cierto grado de objetivación de la responsabilidad contractual; pero debe tenerse en cuenta que el ámbito de la esfera de control no puede ser el mismo para un empresario que contrata con otro empresario o con un consumidor o usuario, que para un particular que contrata con otro particular. Se añade, asimismo, una regla por la que estos remedios previstos para el incumplimiento del contrato son aplicables al de otras relaciones obligatorias, en la medida en que resulten adecuados a la naturaleza de cada una de ellas. En este punto, se ha introducido también la estimación del daño pactada anticipadamente, lo que supone una modificación importante con relación a la PM 2009, que regulaba el tema de las cláusulas penales de modo separado tras las clases de obligaciones. Considerando que su función principal es la estimación ex ante del daño, y sin perjuicio de reconocer otras funciones como la presuntiva del daño o la penal, se ha entendido preferible regular esta figura en la sede del incumplimiento y sus remedios; en concreto, en el de la indemnización de daños. En coherencia con la nueva concepción del incumplimiento y sus remedios, se suprimen, por innecesarias, las normas contenidas en el artículo 1452 CC sobre transmisión del riesgo en el contrato de compraventa.

A partir de aquí, este trabajo se destinará, principalmente, a desarrollar las ideas contenidas en las líneas que se acaban de reproducir, con el fin de hacer más comprensible el contenido de las disposiciones de la PM 2023 sobre el incumplimiento y, en su caso, precisar algunas cuestiones.

3.2 CONCEPTO UNITARIO Y NEUTRAL DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

3.2.1 **En el ámbito comparado e internacional**

La Exposición de Motivos de la PM 2023, después de destacar su carácter innovador en este punto, afirmación que hay que entender en el sentido ya indicado, explica que, al igual que su precedente de 2009, esta adopta un nuevo concepto de incumplimiento que califica de unitario y neutral. Ambos adjetivos merecen aclaración: se trata de un concepto unitario, porque todo lo que no se ajuste

estrictamente al cumplimiento de lo pactado es incumplimiento[22], y es un concepto neutral o neutro[23] porque prescinde del criterio de la culpa de quien lo haya causado. Además, aunque no se mencione de modo expreso en el texto preliminar, lo cierto es que a los dos calificativos señalados se debe añadir un tercero: se trata también de un concepto abstracto, porque su existencia no depende de las causas concretas que lo hayan provocado, ya que únicamente expresa que el interés del acreedor no ha quedado satisfecho conforme a las expectativas del contrato (o de la relación obligatoria). Ello es consecuencia del nuevo sistema: como tantas veces le he oído decir al Pr. Morales Moreno, ya no se trata de tipificar modalidades de incumplimientos en particular (las causas concretas) sino de identificar el incumplimiento en general (la no satisfacción del interés protegido por el contrato) para ofrecer los posibles remedios cuyos requisitos sí pueden contemplar causas concretas (reminiscencia de los antiguos tipos de incumplimientos y reordenación de parte de sus previsiones).

Ya se ha dicho que este modo de entender el incumplimiento fue el acogido por la CISG y el que después han adoptado los textos internacionales más representativos del nuevo Derecho de contratos[24]. Con independencia de su origen, lo cierto es que se ha mostrado como una herramienta útil para superar los problemas planteados por el modelo romano reflejado en los códigos decimonónicos, en el ya se ha dicho que coexisten normas generales incompletas y lagunosas, con reglas especiales en materia de compraventa o de otros tipos contractuales, así como otras redundantes o difícilmente conciliables[25]. Destaca entre las lagunas detectadas el hecho de que la perspectiva subjetivista propia de este modelo, basada en el presupuesto del incumplimiento del contrato como un reproche de la conducta del deudor (culpa)[26], dejaba

---

[22] Decía Pantaleón Prieto, 1993, p. 1720: «la primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual».

[23] Morales Moreno, 2009, p. 212.

[24] Artículo 1:301 (4) PECL, que se reproduce en la nota 54, y artículo 7.1.1. PICC; sobre este último, Schelhaas, 2015, p. 831, resalta particularmente el carácter unitario compartido por los sistemas jurídicos más modernos. *Cf.* también, artículos III.-1:102 (3) DCFR y 87 CESL.

[25] Para el caso del BGB, Kleinschmidt, 2018, p. 1078; para el francés, Flour; Aubert, Savaux, 2024, p. 1062; para el español, Morales Moreno, 2006, p. 25.

[26] Como recuerda Morales Moreno, 1998, p. 290, «En los denominados sistemas continentales (latinos o germánicos), entre los cuales ha de incluirse el nuestro, el contrato, al menos el contrato obligacional, se concibe prioritariamente como un vínculo que genera deberes. La *lex contractus*, en palabras de Larenz, es «primariamente (…) una norma según la cual tiene que dirigir su conducta el obligado. Tal punto de partida determina una importante consecuencia: la responsabilidad contractual tiende a ser construida con cierta dosis de subjetivismo, fundada en el incumplimiento de deberes contractuales, es decir, de reglas de conducta impuestas a los contratantes bajo el presupuesto de la culpabilidad (incumplimiento reprochable al deudor)».

fuera del foco todas aquellas causas de insatisfacción del interés del acreedor que no eran propiamente incumplimiento de los deberes contractuales[27].

Se explica así que en los Códigos civiles nuevos o recientemente modernizados el concepto de incumplimiento de los textos internacionales haya sido utilizado como guía o inspiración, aunque lo cierto es que su recepción no ha sido tan completa como se ha dicho en ocasiones. Más bien puede decirse que ha sido acogido de manera desigual en unos y otros, como enseguida veremos al mencionar los más significativos.

Siguiendo un orden cronológico, el concepto general de incumplimiento se acoge con toda su amplitud en el inicio del artículo 6:74.1 del CC neerlandés de 1992 cuando comienza diciendo que «*Every imperfection in the compliance with an obligation is a non-performance of the debtor…*»[28]; se considera que el término es unitario y neutral en el sentido de que describe tanto el incumplimiento excusable como el no excusable[29].

No es esta la opción del BGB tras la reforma de 2002. Ya se ha apuntado que este código parte de la idea de *Pflichtverletzung* o lesión del deber (cf. § 280.1), el cual, aunque comprenda los distintos tipos de incumplimientos, parece más próximo al *breach of duty o breach of contract* inglés que al de *non-performance* de los textos modernos[30]. De algún modo esta opción exige distinguir entre los distintos tipos de lesión, hasta el punto de que algunos autores alemanes consideran que el nuevo régimen del BGB debe ser considerado como un sistema mixto entre el anterior, que se basaba en los distintos supuestos de hecho –imposibilidad, mora, y en ciertos casos prestación defectuosa y lesión de deberes de protección–, y el nuevo Derecho de contratos, basado en las consecuencias jurídicas[31] o en el resultado[32].

---

[27] Morales Moreno, 1998, p. 290; Díez-Picazo; Roca Trías, Morales Moreno, 2002, pp. 318 ss.

[28] Aunque la rúbrica del artículo 6:74 sea «*Requirements for a compensation for damages*», pues el precepto no pretende definir el incumplimiento sino describirlo con objeto de regular el asunto señalado en la rúbrica.

[29] Smits, 2002, p. 327.

[30] Señalando que los PICC no contienen referencia expresa al conepto de *breach of contract*, dice Furmston, 1992, p. 671, «Rather, the Principles have chosen to talk of performance and non-performance. Non-performance, however, is not the same as breach since it may be excused. Breach of contract, in the common law sense, is non-excused non-performance within the Principles»; en la p. 672 el autor añade: «What are the consequences of not employing the concept of breach but talking rather of performance and non-performance. The most obvious consequence is that for many purposes the same rules can be used for excused and non-excused non-performance. This is most obviously the case in relation to termination…».

[31] En la terminología de Looschelders, 2021, p. 281.

[32] En la explicación de Kleinschmidt, 2018, p. 1081, quien considera que el nuevo modelo alemán no se basa en el resultado, sino en la conducta del deudor, lo que plantea a su juicio obstáculos insalvables en el caso de la imposibilidad inicial.

Por su parte, el *Code* francés reformado en 2016-2018 no se ocupa demasiado de la noción de «*inexécution*» que no llega a definir. El nuevo artículo 1217, bajo la rúbrica *L´inexécution du contrat*, se limita a evocar a *«La partie envers laquelle l´engagement n´a pas été exécuté, o l´a été imparfaitement*», lo que conduce a la doctrina a considerar que el término engloba tanto los casos en los que el deudor no hace nada en absoluto, como aquellos de ejecución imperfecta o ejecución no conforme. Estiman también que el retraso en la ejecución es un caso de ejecución imperfecta[33]. No obstante, esa misma doctrina entiende que el artículo 1218 del *Code*, que define la fuerza mayor contractual, obliga a distinguir dos formas de inejecución: una no imputable al deudor, que descartaría, en principio, las sanciones previstas para el caso de inejecución –pero veremos que no todas–, y otra imputable al deudor que las abriría[34]. Además, según ciertos autores galos, el legislador francés ha mostrado la voluntad de mantener una concepción tradicional de las normas del incumplimiento que lo aparta de los modelos del CISG y del *soft law* internacional, en la medida en que están más ligadas a las sanciones al deudor que a la satisfacción de las expectativas del acreedor[35].

Por su parte, ni describe, ni define, ni delinea de ninguna manera la noción de inejecución de la obligación o de inejecución de la obligación contractual el nuevo Código civil belga, después de la ley de reforma de las obligaciones y contratos que entró en vigor en 2023. Este texto tiene la particularidad de aludir expresamente a la inejecución imputable al deudor (arts. 5.224 y 5.83) y de dar una definición de imputabilidad (art. 5.225); no obstante, regula como supuestos de no inejecución no imputable al deudor la fuerza mayor (art. 5.228) y el cambio de circunstancias (art. 5.74).

En consecuencia, parece que el *Code* francés, y en mayor medida el belga, no terminan de aceptar hasta sus últimas consecuencias la nota de neutralidad que se predica del moderno concepto de incumplimiento propio de los textos internacionales más señeros. Asimismo, en el BGB el concepto no es tan unitario y abstracto como en estos últimos. Tampoco en el Derecho inglés que, a pesar de haber actuado como la aparente directriz del nuevo sistema, sustenta un concepto de *breach of contract* en el que no tiene cabida las situaciones en las que existe una causa de exoneración del

---

[33] Flour; Aubert, Savaux, 2024, p. 1061.

[34] Flour; Aubert, Savaux, 2024, p. 1060; lo cierto es que tanto la suspensión del cumplimiento, como la resolución y la reducción del precio se pueden utilizar también en caso de incumplimiento no imputable.

[35] Chantepie, Latina, 2018, p. 559.

deudor[36]; esta separación obligaría además a introducir en el discurso la *frustration* como fenómeno distinto al *breach of contract*[37].

Con estos antecedentes, trataré de mostrar seguidamente cómo se plasma en la PM 2023 el nuevo concepto de incumplimiento, al cual ya hemos dicho que sí adjuntamos las notas de unitario, abstracto y neutral en los sentidos antes explicados.

3.2.2 **En la Propuesta de Modernización de 2023**

Según el 1171.1 PM 2023, que encabeza el capítulo relativo al incumplimiento, «*Hay incumplimiento cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a esta*».

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en el Código civil vigente, no se hacen diferencias entre el cumplimiento inexacto, la mora, la imposibilidad, o cualquier otro modo de apartarse del diseño obligacional; incumplir es exactamente lo contrario de cumplir y, en consecuencia, estamos ante una figura unitaria.

La PM 2023 califica como incumplimiento *la no ejecución exacta de la prestación debida,* expresión esta que sustituye la mención a la «prestación principal» contenida en la PM 2009. El cambio pone de relieve que puede acarrear el incumplimiento tanto lo que suceda con la prestación principal como la falta de ejecución exacta de deberes de prestación de carácter accesorio. Entre otras cosas, la previsión es útil porque no siempre será sencillo distinguir qué es lo principal y qué lo accesorio en la prestación debida, diferencia sobre la que volveré.

Además, el precepto considera incumplimiento la no ejecución exacta de «*cualquier otra exigencia de la relación obligatoria*», expresión que sustituye a la contenida en la PM 2009 que se refería a «*cualquier otro de los deberes*»[38], y que a primera vista puede causar alguna perplejidad. Para explicarla he de traer a colación el

---

[36] Aunque, como señala Morales Moreno, 1998, p. 291 la noción de «*breach of contract*» agrupa a todos (o casi todos) los problemas referentes a la falta de realización o ejecución de los términos del contrato, tales como ausencia de cumplimiento, cumplimiento defectuoso, retraso, etc. El mismo autor explica que la diferencia entre *breach of contract*, que no se produce si existe causa que la justifica, e incumplimiento, que si puede producirse a pesar de ello, puede estar en que el efecto natural de aquella es la indemnización de daños, razón por la que el concepto se construye a medida de este concreto remedio (Morales Moreno, 2014, p. 32-33).

[37] Unas notas diferenciando ambos conceptos en Cartwright, 2013, p. 256.

[38] Señalaba Morales Moreno, 2014, p. 28 que la definición de incumplimiento de la PM 2009, en lo que se refería al incumplimiento de deberes, no correspondía a la verdadera idea de incumplimiento subyacente en la Propuesta, razón por la que debía ser superada.

concepto de obligación que se desprende de los apartados 1 y 2 del artículo 1088 PM 2023[39], de los cuales el referido 1171.1 se puede considerar un reflejo.

Según el artículo 1088.1 PM 2023 «*En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a exigir al deudor una prestación*», y conforme al artículo 1088.2, «*El deudor está obligado a cumplir la prestación y actuar con el cuidado necesario para no dañar al acreedor*». De ambas reglas se deriva la diferencia entre el deber del deudor de cumplir la prestación, por un lado, y el de actuar con el cuidado necesario para no dañar al acreedor, por otro[40]. Con esto, la PM 2023 acoge la diferenciación entre deberes de prestación y otros deberes o exigencias de conducta que no son genuinamente prestacionales, pero cuya infracción también puede generar incumplimiento.

Ya hemos dicho que los deberes de prestación se dividen en principales o accesorios[41]. Por su parte, los deberes no prestacionales pueden ser de diferentes tipos[42]: deberes de cuidado, de información, de confidencialidad, de seguridad, de lealtad o de otro tipo, que imponen a cada una de las partes el de evitar daños a la otra[43]. Especial consideración merece el deber de colaboración

---

[39] A diferencia de lo que sucede con el artículo 1088 CC vigente que, como señala DÍEZ-PICAZO, no suministra un concepto de lo que la obligación sea, sino que se limita a enumerar sus posibles contenidos (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 63).

[40] Inspirado en el § 241 BGB que reconoce dos categorías de deberes derivados de la relación obligatoria: los deberes de prestación y los deberes de protección, cuya diferenciación expresa se produce en la ley de Modernización del BGB (*SchuldRModG*), siendo considerado uno de los aspectos más relevantes de la reforma del BGB que entró en vigor en 2002 por CABANILLAS SÁNCHEZ, 2022, pp. 113-146, espec. p. 114. *Vid.* también, EBERS, 2003, *ADC*, p. 1577, donde pone el siguiente ejemplo: si el vendedor entrega un electrodoméstico impecable, pero en su instalación golpea el mobiliario del dueño de la casa, en este comportamiento cabe apreciar incumplimiento, que sería sancionable según las normas de la responsabilidad contractual. Según un destacado representante de la doctrina alemana, mientras los deberes de prestación se dirigen a un cambio de la situación de los bienes, los deberes de protección deben preservar de perjuicios la actual situación de los bienes de los implicados, es decir, proteger el interés de integridad (LOOSCHELDERS, 2021, p. 63).

[41] Siguiendo la descripción de LOOSCHELDERS, *ibid.,* los deberes principales de prestación caracterizan la singularidad y el tipo de la correspondiente relación obligatoria; añade que en los contratos bilaterales los deberes principales de prestación se encuentran en la relación de intercambio; por su parte, los deberes accesorios de prestación se refieren a los deberes principales y deben favorecer y propiciar su cumplimiento, no persiguen ningún objetivo independiente sino que tienen una «función de servicio», y pueden nacer de los propios pactos entre las partes, de las reglas de interpretación integradora y del principio de buena fe.

[42] Para LOOSCHELDERS, 2021, p. 67, la relación obligatoria no se agota en deberes de prestación, sino que también incluye para ambas partes deberes de respeto de los bienes jurídicos e intereses de la otra parte (§ 241 II). Estos deberes deben proteger el interés de integridad del cocontratante y por ello se denominan deberes de protección.

[43] Señala MORALES MORENO, 2009, pp. 205-206, que el contrato también ordena el riesgo de posibles daños a otros bienes. El cumplimiento del contrato supone, a menudo, una puesta en riesgo de otros bienes de los contratantes. Por ejemplo, el riesgo para la salud de un tratamiento médico incorrecto, el riesgo de que el arrendatario cause daño a la

entre las partes[44] que, con mayor o menor amplitud, evoca una visión solidaria del contrato, según la cual las partes buscan un fin común, y que es opuesta al modelo antagonista en el que cada parte busca exclusivamente su propio interés, visión solidaria que no ha dejado de suscitar críticas entre los autores[45].

Sí me interesa apuntar, de momento, que estamos ante deberes bidireccionales, que corresponden tanto al deudor como al acreedor, lo que no refleja de todo bien la PM 2023, pues el artículo 1088. 1 y 2 se refiere solo al deudor, aunque en breve se citará el precepto que hace alusión al acreedor.

Lo cierto es que el incumplimiento puede derivar de la infracción de cualquiera de los antedichos deberes no prestacionales, a los que la PM 2023 se refiere como «*cualquier otra exigencia de la relación obligatoria*». Entre otras consecuencias, de este planteamiento se desprende la naturaleza contractual de la responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que no son genuinamente prestacionales[46].

La PM 2023 introduce en el reproducido artículo 1171.1 otra novedad respecto de su precedente de 2009: se considera un rasgo característico del concepto de incumplimiento que, como consecuencia de la infracción de los deberes señalados por parte del deudor, *el acreedor no vea satisfecho su interés en la obligación.* Esta última frase incide sobre los contornos del derecho del acreedor que, como se apuntaba al mencionar la evolución del sistema, se desplaza desde el derecho a obtener del deudor un determinado comportamiento, al derecho a que su interés en el cumplimiento se vea satisfecho o logrado de cualquier manera[47]. Esto supone la asunción de un concepto más abstracto de incumplimiento que el que se mantiene, por ejemplo, en el BGB, ya que, como he reiterado, no resulta dependiente de las causas que lo provocan y sí del resultado alcanzado.

Nada se dice en el primer apartado del artículo 1171 PM 2023 de la culpa del deudor en la inejecución de la prestación o de otros deberes no prestacionales; tampoco se menciona en este precepto lo que los nuevos regímenes francés y belga tratan como *summa*

---

cosa arrendada, el riesgo de dañar el objeto que debe ser reparado. El contrato justifica la puesta en riesgo de estos bienes; ofrece la medida de esa puesta en riesgo; y marca las pautas sobre la gestión de esos riesgos (deberes de cuidado) y la distribución del daño que pudiera eventualmente producirse.

44 Sobre el cual *vid. infra.*

45 Schmidt, 2018, pp. 158-159.

46 Cabanillas Sánchez, 2022, pp. 116 ss. refleja la discusión existente en la doctrina y jurisprudencia española sobre el carácter contractual o extracontractual de la infracción de estos deberes no prestacionales.

47 *Vid.* el reflejo de la polémica en torno a la incidencia del fin o interés en la obligación, recogida por Díez-Picazo, 2008, p. 117.

divisio: el carácter imputable o no imputable del incumplimiento del deudor[48]. La opción de la PM 2023 confirma el tercero de los calificativos aludidos más arriba: el carácter neutral del concepto de incumplimiento sustentado que prescinde totalmente de la culpabilidad del deudor. Por lo tanto, es lógico que de modo lapidario el 1171.2 PM 2023 afirme que «*Existe incumplimiento, aunque este no sea imputable al deudor*». Otra cosa es que en la PM 2023 los remedios o consecuencias del incumplimiento en cuestión sean unos u otros en función de la culpa o de otros criterios que se establezcan, como en otro momento se verá. Pero, en cualquier caso, se ha de resaltar que al menos algunos de los remedios estarán disponibles aunque no exista imputabilidad al deudor, lo que a primera vista pudiera distanciar la PM 2023, por ejemplo, de las reglas del *Code* francés reformado, y más claramente aún, del belga[49]; incluso, como se ha dicho, del Derecho inglés[50].

Avanzando un poco más, la PM 2023 no circunscribe el incumplimiento a la actuación del deudor, sino que también considera como tal *la falta del deber de colaboración del acreedor en la ejecución de la prestación* (art. 1171.3). La regla se sitúa en la senda de la tradición civilista de la llamada *mora creditoris,* aunque parece ir más allá de esta[51]. Así, abarca tanto la prohibición al acreedor de obstaculizar de cualquier modo el cumplimiento del deudor –por ejemplo, negando al prestador de servicios el acceso al lugar donde deben realizarse estos o no recibiendo injustificadamente la mercancía que se pretende entregar–, como la exigencia de conductas activas por parte del acreedor, como pudiera ser el suministro de datos o informaciones necesarias para que el deudor pueda cumplir, entre otros muchos supuestos. En esencia, esta disposición significa que el acreedor también puede ocasionar el incumplimiento, situación que no se hallaba explicitada en la PM 2009[52], como tampoco se hizo después en el DCFR[53].

---

[48] Para el Código belga, George; Colson; Cataldo, Fosséprez, 2023, p. 399.

[49] *Cf.* los ya citados artículos 5.224 y 5.83 CC belga, que aparentemente solo abren su panoplia de sanciones en caso *d'inexécution imputable au débiteur; cf.* Ninane, Germain, 2023, pp. 435 ss.

[50] En los comentarios a PECL se explica que en Derecho inglés no se produce *breach of contract* si existe una causa de exoneración del incumplimiento, como por ejemplo la *frustration*; no es en cambio lo que afirma Kötz, 2017, pp. 242-243.

[51] Schmidt, 2018, p. 158.

[52] Roca Trías, 2024, p. 129, señala que el supuesto no aparecía directamente mencionado en la PM 2009 como tal supuesto, aunque en opinión de la autora, podía considerarse incluido en el segundo apartado del artículo 1188, que decía: «*Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque*». Más adelante se volverá sobre esta regla.

[53] Las definiciones de cumplimiento e incumplimiento, respectivamente recogidas en el artículo III.-1:102 (2) y (3) DCFR, no mencionan en ningún momento al acreedor.

En realidad, la regla citada contenida en el artículo 1171.3 PM 2023 parece inspirada en el artículo 1:301 (4) PECL[54], si bien no es del todo coincidente con ella pues esta última no hace referencia explícita al acreedor, aunque sin duda incluye la infracción del deber de ambas partes de cooperar como un supuesto de incumplimiento[55].

Lo que en este punto me interesa destacar es que en el artículo 1171.3 PM 2023 la colaboración del acreedor se diseña como verdadero deber y no como una mera carga, apartándose con ello de nuestra doctrina más conspicua[56]. Este diseño, tal y como ha sido plasmado en la PM 2023 de una manera ciertamente original respecto a los sistemas vecinos, plantea alguna perplejidad que me permito expresar a continuación.

La primera es que, si en verdad esa es la calificación merecida, se debería haber incluido el deber de colaboración o cooperación del acreedor de manera expresa en la disposición general destinada a positivizar el concepto de obligación (el ya citado artículo 1088 PM 2023), lo cual, tal y como hemos comprobado, no se ha hecho.

La segunda, me parece que también se debería incluir en el concepto de incumplimiento la falta de colaboración del acreedor en la ejecución de deberes no genuinamente prestacionales. Como antes se apuntó, estos deberes son bidireccionales, lo cual se refleja de modo muy imperfecto en la PM 2023, a diferencia de lo que sucede en el que parece haber sido su modelo, el varias veces citado artículo 1301 (4) PECL.

La tercera, es que no está claro si en este caso, a diferencia de lo que se ha dicho en relación con el deudor, la violación del deber de

---

[54] Norma general donde se contienen los significados de algunos de los principales términos utilizados en los PECL, y en cuyo punto 4 se dice: «*'non-performance' denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract*»; en consecuencia, la violación del deber de cooperar, que previamente los propios PECL enuncian en el artículo 1.202, se califica de verdadero y propio incumplimiento, a diferencia de lo que sucede en el III.– 1:102 (3) DCFR que no hace referencia a este deber de cooperar, aunque sí establece con carácter general que el concepto de *non-performance* incluye «*any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation*», aunque luego se incluya en el II. –1:104 DCFR.

[55] Con carácter bilateral la cooperación entre deudor y acreedor se impone también como deber en el artículo 5.1.3. PICC, y en el ya citado artículo II.-1:104 DCFR. En cambio, la mayor parte de los ordenamientos nacionales no han introducido una norma similar, aunque sí manifestaciones concretas de este deber mutuo de colaboración o cooperación, además de derivarlo del principio general de buena fe (Schmidt, 2018, pp. 157-158).

[56] Para Díez-Picazo, 2008, p. 136, la colaboración del acreedor para que el deudor pueda ejecutar la prestación no es un deber del acreedor; no engendra un deber de prestación a su cargo, porque generalmente el deber del acreedor es pagar la contraprestación, ni tampoco un deber accesorio de protección, porque en ningún caso pueden aplicarse las consecuencias propias del incumplimiento. Considera, en general, más acertada la visión tradicional e innecesaria la configuración del deber de colaboración del acreedor como verdadera obligación, aunque admite excepciones tanto legales como convencionales, Schmidt, 2018, p. 160.

colaboración tiene que ser imputable al acreedor para que pueda considerarse en verdad incumplimiento. En la línea afirmativa se sitúa, por ejemplo, el Código neerlandés cuando tipifica la *mora creditoris*[57]. La propia idea de colaboración parece que apunta en este sentido, más cuando no hay un precepto similar al reproducido artículo 1171.2 PM 2023 que se refiera al acreedor. Sin embargo, tampoco parece sensato que cuando la falta de colaboración del acreedor sea totalmente fortuita –v.gr. no pudo aportar la información al deudor porque estaba en coma tras un accidente– el deudor no pueda utilizar determinados remedios.

En realidad, la calificación como obligación del llamado deber de colaboración del acreedor supone que su violación constituye un verdadero y propio incumplimiento, lo que nos lleva a preguntar por los concretos remedios que puede tener a su alcance el deudor de la obligación principal en tal situación. Al respecto el artículo 1187 PM 2023 se pronuncia expresamente cuando, después de sancionar en su apartado 1 que «*El acreedor tiene derecho a la indemnización por los daños que le cause el incumplimiento del deudor*», indica en el 2 que «*El deudor también tiene derecho a ser indemnizado por los daños que se cause el incumplimiento del deber de colaboración del acreedor*». Aunque nada se dice del resto de los remedios ante el incumplimiento recogidos en la Propuesta, no parece descabellado considerar que el deudor podrá suspender su propio cumplimiento o incluso resolver el contrato cuando el incumplimiento del deber de colaboración de la otra parte merezca la calificación de esencial; en cambio, aunque en teoría ese mismo deudor pueda exigir el cumplimiento específico del deber de colaboración, si este no se produce voluntariamente no le quedará más opción que recurrir a los otros remedios.

El cuarto y último apartado del artículo 1171 PM 2023 pretende redondear la noción de incumplimiento, con el siguiente tenor literal: «*Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por su acción u omisión*»[58]. Esta regla viene a significar que la parte que ha causado el incumplimiento de la otra (y aquí sí se refleja la bidireccionalidad antes omitida o, cuando menos, deficientemente expresada), sea por su propio comportamiento o sea por su omisión,

[57] Article 6:58 «*Creditor himself prevents the performance of the debtor's obligation*»: «*The creditor defaults (gets in default himself) when the debtor is unable to perform the obligation because the creditor does not grant the necessary assistance for this purpose or because of another obstacle on the side of the creditor, unless the cause of the debtor's inability to perform cannot be attributed to the creditor*».

[58] Coincidente con el apartado segundo del artículo 1188 PM de 2009, que a su vez puede considerarse inspirado en el artículo 80 CISG, conforme al cual: «*Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella*».

no puede exigir a esta última ninguno de los remedios derivados del incumplimiento consecuente, que es lo que de manera más explícita dicen tanto el artículo 8: 101 (3) PECL[59] como el artículo 7.1.2 PICC[60] y III.-3:101 (3) DCFR[61]; en palabras de Morales Moreno en relación el precepto homólogo de la PM 2009, este no excluye la idea de incumplimiento, pero le priva de operatividad jurídica[62].

Es evidente que existe una estrecha relación entre la última regla reproducida y la que impone la necesaria colaboración de las partes en el cumplimiento de la obligación, recogida en el apartado anterior del mismo artículo (art. 1171.3). Sin embargo, ambas no se identifican, pues una cosa es que una parte no colabore en el cumplimiento de la otra, y otra diferente que su actitud sea la causa del incumplimiento de esta última[63]. Por ejemplo, el acreedor ha podido no suministrar al deudor determinadas informaciones que este necesitaba para cumplir, a pesar de lo cual dicho deudor las ha obtenido por otras vías y ha cumplido tempestivamente: en este caso hay incumplimiento del deber de colaboración del acreedor, pero dicho incumplimiento no ha causado el de la otra parte.

Sin embargo, creo que no hay margen para contemplar que, a pesar de cumplir escrupulosamente con su deber de colaboración en el sentido antes expresado (incluyendo su esfera de riesgo), el acreedor haya podido causar el incumplimiento del deudor. Siendo así, de producirse el cumplimiento del deber de colaboración del acreedor, el deudor no podría en ningún caso oponer que su propio incumplimiento ha sido causado por el acreedor.

En cualquier caso, en virtud de este último apartado, el incumplimiento del deber de colaboración por parte del acreedor no solo abriría al deudor la posibilidad de utilizar alguno de los remedios frente al incumplimiento (artículo 1171.3), en la línea ya expresada más arriba, sino que también impediría que el acreedor pudiera utilizar cualquiera de esos remedios a su favor frente al deudor

---

59 Artículo 8:101 PECL:«*(3) A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party's non-performance*».

60 Artículo 7.1.2 PICC: «(*Interference by the other party) A party may not rely on the non-performance of the other party to the extent that such non-performance was caused by the first party's act or omission or by another event for which the first party bears the risk*».

61 Artículo II.-3:101 (3) DCFR no recoge una redacción bilateral, sino que establece una regla de corresponsabilidad del acreedor: «*The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor´s non-performance*».

62 Morales Moreno, 2014, p. 44. En cambio, para el comentarista del artículo 7.1.2 PICC, cuando este artículo es aplicable, la conducta pertinente no se convierte en un incumplimiento excusable, sino que pierde la condición de incumplimiento (Unidroit, 2018, p. 246).

63 Como reconocía Morales Moreno, 2014, p. 45, en relación con el precedente de la PM 2009, habría de existir una relación de causalidad entre el incumplimiento alegado, que no puede ser invocado, y la conducta del sujeto que lo invoca.

(artículo 1171.4), lo que coincidiría con la idea de carga del acreedor y la tradicional sanción que lleva aparejada su violación.

3.3 REGULACIÓN ARTICULADA DE LOS REMEDIOS O CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO Y ENUMERACIÓN. TRAZOS GENERALES Y REGLAS DE COORDINACIÓN

3.3.1 **Enumeración**

Superando la construcción desmembrada o desarticulada propia de los sistemas continentales[64] y, en consecuencia, de nuestro Código civil, la PM 2023 adopta el sistema de lista de remedios ante el incumplimiento propio de la mayoría de los textos modernos en materia de contratos[65], incluidos, entre los últimos, los Códigos civiles francés[66] o belga[67]. No está de más apuntar que, aunque muchos de los textos citados hasta ahora se inspiran en la CISG, aquellos mejoran la técnica legislativa de esta al establecer el elenco de los remedios existentes de modo previo a su regulación y a continuación de la definición (o intento de definición) del concepto de incumplimiento[68].

En nuestra Propuesta este es el objetivo del artículo 1173 PM 2023, cuya rúbrica es, precisamente, «*Remedios*» el destinado a recogerlos, con el siguiente tenor:

1. En caso de incumplimiento del contrato podrá el contratante insatisfecho ejercitar los siguientes remedios:

1.º Exigir el cumplimiento de la obligación.
2.º Reducir el precio.

---

64 En palabras de Diez-Picazo; Roca Trias, Morales Moreno, 2002, pp. 319.

65 También la PM 2009, en su artículo 1190: «*En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos*».

66 Según Chantepie, Latina, 2018, p. 559, el hecho de que el nuevo artículo 1217 *Code* emplee la terminología clásica de *sanctions* y no de *remèdes* no debe conducir a pensar que se mantiene una concepción tradicional del incumplimiento relacionada con la sanción del deudor más que la satisfacción del interés del acreedor. Es, en el fondo, y no tanto en la terminología utilizada, opinan los autores, donde debe juzgarse la modernidad del texto. En Flour; Aubert, Savaux, 2024, p. 1064, el último autor estima que el término *sanction* no tiene por qué tener una connotación punitiva frente al deudor incumplidor.

67 Los artículos 5.224 y 5.83 utilizan el término *sanctions;* pero la rúbrica que antecede a este último es «*L'inexécution de l'obligation contractuelle et ses conséquences*» incluye la inejecución imputable al deudor y la que no se le puede imputar.

68 Para Roca Trías, 2024, p. 127, resulta un acierto la aceptación del sistema que distingue el incumplimiento de los remedios al incumplimiento, al considerar que uno de los problemas que plantea la regulación actual del Código civil estriba precisamente en esta superposición entre el hecho y sus consecuencias.

3.º Suspender el cumplimiento de su obligación.
4.º Resolver el contrato.
5.º Exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le hubiera producido.

2. Los remedios que no sean incompatibles podrán ser acumulados. La indemnización de daños es siempre compatible con los demás remedios.
3. Los remedios previstos para el incumplimiento del contrato son aplicables al de otras relaciones obligatorias en la medida en que resulten adecuados a la naturaleza de cada una de ellas.

De entrada, hay que recordar que la enumeración conjunta de los remedios no significa que todos ellos sean procedentes para todo tipo de obligaciones y en todas las situaciones de incumplimiento. Bastaría señalar, para comprobarlo, que la enumeración de los cinco remedios mencionados en el artículo 1173.1 PM 2023 está pensada para una relación surgida de un contrato bilateral, del que nacen obligaciones sinalagmáticas, pues solo en este caso tienen sentido la resolución, la suspensión del propio incumplimiento o la reducción del precio o de la contraprestación que corresponda. Por el contrario, tanto la pretensión de cumplimiento como la indemnización de daños pueden tener sentido también en obligaciones unilaterales.

Pero, además, como se ha anticipado, es precisamente a la hora de definir las circunstancias que permiten el recurso a los diferentes remedios cuando, a partir del carácter general, abstracto y neutral del concepto de incumplimiento, se van concretando los requisitos que van a posibilitar o no el recurso a cada uno de ellos[69]. Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 1181.1 PM 2023 el incumplimiento que permite abrir paso a la resolución ha de ser, como regla de principio, esencial[70]; o la indemnización de daños no será procedente cuando concurran ciertas circunstancias previstas en el artículo 1191 PM 2023 que excepcionan la obligación de indemnizar.

En fin, que se puede decir que los remedios normativamente articulados[71] son, como bien dice Morales Moreno, el modo de repartir entre los contratantes el riesgo del incumplimiento[72].

---

[69] Morales Moreno, 2014, pp. 31-32 y p. 57.
[70] Aunque justo es reconocer que este precepto no resulta demasiado expresivo sobre el significado del vocablo esencial, sobre todo si se compara con los textos que le han servido de modelo, como el artículo 8:103 PECL o el III:3:502 DCFR. La referencia del artículo 1181.1 PM 2023 a «atendida la finalidad del contrato» resulta, con probabilidad, demasiado parca e insuficiente.
[71] Morales Moreno, 2014, p. 30.
[72] Morales Moreno, 2009, p. 208.

3.3.2 **Supuesta prioridad de la pretensión de cumplimiento**

Aunque el párrafo inicial del artículo 1173 PM 2023 parece dejar al contratante insatisfecho la facultad de elegir el remedio ante el incumplimiento de la otra que mejor sirva a sus intereses, el texto del artículo 1176 no solo se rubrica como «Presupuesto para el ejercicio de otros remedios», sino que su contenido da una más que aparente prioridad a la pretensión de cumplimiento sobre el resto. Dice así el precepto citado: «*El acreedor que hubiere pretendido el cumplimiento de una obligación no pecuniaria y no hubiere obtenido la satisfacción de su derecho oportunamente o dentro del plazo razonable que le hubiera fijado al deudor, podrá ejercitar los restantes remedios de conformidad con las disposiciones de este capítulo*».

La norma no obliga al acreedor insatisfecho a exigir en primer lugar y en cualquier circunstancia el remedio del cumplimiento –lo que en algunos casos sería, ciertamente, absurdo–, pero sí expresa que cuando lo hace –se supone que porque todavía tiene interés en dicho cumplimiento–, antes de recurrir a otros remedios puede otorgar al deudor una última oportunidad de cumplir ofreciéndole un tiempo suplementario que será fijado por el propio acreedor, luego del cual podrá ejercitar los restantes remedios.

Para comprender lo que se me antoja el cabal alcance de la regla reproducida conviene explicar que, contrariamente a lo que se hace en el Derecho inglés o en los textos internacionales que venimos barajando, los ordenamientos continentales más conocidos hacen depender la reclamación de daños por incumplimiento y la resolución, bien de la previa puesta en mora del deudor [art. 1231 *Code* civil francés[73], art. 6:265 (2) neerlandés, art. 5.231 belga[74] o § 286 BGB, *Mahnung*], o bien del establecimiento de un plazo suplementario para cumplir (*Nachfrist,* §§ 281 y 323 BGB), de modo que en este último caso el deudor sea consciente de que si no cumple en ese plazo adicional el contrato se extinguirá y deberá pagar los daños correspondientes. No obstante, hay circunstancias en las que ni la mora previa ni el plazo suplementario son precisos porque, por ejemplo, el deudor declara que no cumplirá o porque el cumplimiento se le ha hecho imposible o

[73] En realidad, aunque el precepto se refiere únicamente a la indemnización de daños y perjuicios, tanto compensatorios como moratorios, la puesta en mora es un presupuesto necesario a para todas las sanciones derivadas del incumplimiento, salvo para la excepción de inejecución, tal y como reconocen Chantepie, Latina, 2018, p. 624.

[74] La mora como presupuesto para la puesta en marcha de las sanciones previstas en el nuevo CC belga, Ninane, Germain, 2023, p. 437.

porque el propio contrato establecía la fecha límite para el cumplimiento o porque es de interés de ambas partes la resolución inmediata[75], por mencionar algunas de las circunstancias más significativas.

Entiendo que el texto de la PM 2023 acoge la idea del plazo suplementario para el cumplimiento, aunque no lo hace como una exigencia, al modo del *Nachfrist* alemán, sino como una decisión voluntaria del acreedor, postura que coincide con la adoptada en los textos internacionales[76]. Por supuesto, el otorgamiento del plazo añadido carece de sentido en supuestos como los descritos en el párrafo anterior, en los que ningún interés tendrá el acreedor en plantear voluntariamente un periodo adicional para que el deudor cumpla.

Por el contrario, si teniendo todavía interés en el cumplimiento, el acreedor opta por fijar al deudor un plazo adicional para cumplir, el acreedor queda vinculado por su propia decisión, de modo que durante ese tiempo no puede cambiar de opinión y recurrir a los otros remedios, que es lo que dice el artículo 1176 PM 2023.

En resumen, es el propio acreedor quien, al conceder el plazo adicional, está también sancionando una jerarquía de remedios; más en concreto, está dando prioridad a la pretensión de cumplimiento sobre la resolución del contrato[77]. Con todo, es justo reconocer que, en la práctica y salvo que carezca de sentido, será frecuente que el acreedor le dé al deudor incumplidor una segunda oportunidad para cumplir, tanto más cuanto que la fijación del plazo adicional es requisito para la operación de reemplazo prevista en el artículo 1194 PM 2023[78].

La explicación sobre plazo adicional debe ser completada con otra regla contenida en la PM 2023, en este caso en sede de reso-

[75] §§ 286 (2) núm. 4 o 323 (1) BGB; Kötz, 2017, p 243, afirma que precisamente porque se dan todas estas excepciones ni el *common law* ni los textos internacionales exigen el plazo suplementario como prerrequisito necesario para la resolución del contrato.

[76] Artículo 47 (1) CISG, artículo 8:106 (1) PECL, artículo 7.1.5. PICC (1), artículo III. 3:103 DCFR. En los comentarios a este último se dice que el párrafo primero, que contiene la posibilidad de otorgar el plazo adicional para cumplir al deudor, no es estrictamente necesario y que, respecto al efecto suspensivo respecto a otros remedios, a la misma conclusión se llegaría por los requerimientos del principio de buena fe. Aborda la cuestión con carácter general, Kleinschmidt, 2018, p. 1159.

[77] En el mismo sentido, comentando el artículo 8:106 (1) EPCL, Kleinschmidt, 2018, p. 1154, quien entiende que es una manifestación del *favor contractus,* que también inspiraría el artículo 8:104 EPCL (cf. artículo 1183 PM 2023, que no es exactamente equivalente, pero tiene la misma inspiración).

[78] La rúbrica del artículo 1194 no ha sido afortunada; «Indemnización en lugar de cumplimiento» parece aludir a la pretensión de cumplimiento por equivalente, en lugar de a lo que se regula en el precepto, que no es sino la conocida como operación de reemplazo que permite al acreedor buscar en el mercado la prestación incumplida por el deudor. Sobre esta figura, Vargas Brand, 2023, *passim*.

lución[79]. Me refiero al artículo 1181 (2)[80], conforme al cual: «*En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, aunque no sea esencial, el acreedor también podrá resolver el contrato si el deudor, en el plazo razonable que aquel le hubiera fijado, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad*».

Este es, con probabilidad, el efecto más importante de la fijación del plazo adicional por parte del acreedor insatisfecho[81]: después de que el apartado primero del mismo artículo 1181 exija que el incumplimiento sea esencial para que pueda dar lugar a la resolución, el apartado segundo excepciona dicha exigencia en el caso de que el deudor no cumpla en el plazo razonable que se le hubiera concedido; transcurrido el plazo el acreedor podrá resolver el contrato.

Dos puntualizaciones me parecen oportunas en relación con esta última norma: la primera que el plazo fijado por el deudor ha de ser razonable y la segunda que la resolución no es, en principio, automática.

La razonabilidad del plazo habrá de ser valorada en relación con el caso concreto, de modo que resulte suficiente para que el deudor pueda cumplir efectivamente en ese nuevo tiempo, pues en otro caso la concesión del plazo, que recordemos que es voluntaria, sería más bien un brindis al sol que además podría considerarse contrario a la buena fe[82]. En esta línea, los textos internacionales aclaran que si el periodo fijado es demasiado corto o bien ha de entenderse extendido por un periodo razonable –artículo 7.1.5. (3) PICC– o bien el acreedor solo podrá resolver después de que haya transcurrido un tiempo razonable desde que notificó al deudor el plazo adicional –artículos 8:106 (3) in fine EPCL, III.-3:503 DCFR–.

El artículo 1181.2 PM 2023 no establece de modo directo que transcurrido el plazo razonable fijado por el acreedor se produzca

---

[79] Opción sistemática que sigue al artículo 49 (1) b) CISG y al artículo III.3:503 DCFR, a diferencia de lo que hacen otros instrumentos de *soft law* que la sitúan entre las normas del incumplimiento, como sucede con los artículos 8:106 (3) EPCL o 7.1.5 (3) PICC.

[80] El plazo adicional se menciona también en el artículo 1164 PM 2023, entre las reglas destinadas a la compensación; bajo la rúbrica «Plazo de gracia y compensación», este artículo establece: «*El plazo de gracia dado por el acreedor para cumplir no es obstáculo para la compensación*».

[81] En su comentario al artículo 47 CISG, que en su párrafo primero establece la posibilidad del plazo suplementario y en el segundo el efecto suspensivo, señala la íntima conexión entre este artículo y el 49 (1) b), hasta el punto de limitar la eficacia de aquel prácticamente a lo que dice este, López y López, 1996, pp. 423-424.

[82] En el mismo comentario citado en la nota precedente, López y López, 1996, p. 425 considera que la razonabilidad se ha de valorar atendidas las circunstancias, entre las cuales se debe valorar que el término concedido permita al vendedor atender sus obligaciones contractuales sin desmesurados esfuerzos, y lo suficientemente amplio para que no sea, ante una imposibilidad real de obsequio del mismo, un puro *alibi* del comprador para legitimar una resolución que le fuera conveniente más allá de los imperativos de la buena fe.

de modo automático la resolución; se limita a señalar que en esa circunstancia el acreedor podrá resolver el contrato. Al respecto es de interés recordar que los textos internaciones reconocen expresamente que en la comunicación dirigida al deudor en la que el acreedor le otorga un plazo adicional para cumplir puede también indicar que, de no producirse el cumplimiento en dicho periodo, el contrato se resolverá automáticamente. Creo que esta es también la mejor respuesta en el contexto de la PM 2023, de modo que en esa concreta circunstancia no será precisa ninguna intervención ni judicial ni de otro tipo para acreditar el carácter resolutorio del incumplimiento, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 1126 *Code* civil francés[83] o en el artículo 5.90 del belga[84], los cuales regulan el control judicial *a posteriori* de la entidad del incumplimiento.

3.3.3 **Elección, compatibilidad y acumulación de remedios**

La elección entre uno u otro remedio corresponde, en principio, a la parte que no ha incumplido (el contratante insatisfecho, según

---

[83] Artículo 1126: «*Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.*

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution».

A pesar de que la admisión de la resolución por notificación del acreedor ha sido considerada una de las innovaciones más notables de la reforma francesa de 2016-2018, el *Code*, siguiendo la jurisprudencia *Tocqueville*, permite que el deudor pueda en todo momento acudir al juez para contestar la resolución unilateral, de modo que el acreedor tendrá siempre que probar la gravedad del incumplimiento alegado, todo ello con el fin de evitar resoluciones abusivas, según reconocen Chantepie, Latina, 2018, p. 624; Chénedé, 2023, pp. 177-180.

[84] Artículo 5.90: «*Droit à la résolution.*

Le contrat synallagmatique peut être résolu lorsque l'inexécution du débiteur est suffisamment grave ou lorsque les parties sont convenues qu'elle justifie la resolution.

Le contrat peut aussi être résolu, dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il est manifeste que le débiteur, après avoir été mis en demeure de donner, dans un délai raisonnable, des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations, ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour le créancier.

La résolution résulte d'une décision de justice, de l'application d'une clause résolutoire ou d'une notification du créancier au débiteur, conformément aux articles 5.91 à 5.94.

Lorsqu'une réparation complémentaire à la résolution est accordée, elle vise à placer le créancier dans la même situation que si le contrat avait été exécuté».

Sobre el control judicial para apreciar la gravedad del incumplimiento en cualquiera de los supuestos de resolución previstos en el CC belga, Ninane, Germain, 2023, pp. 472 ss.

el reproducido artículo 1173.1 PM 2023), pero es claro que esa facultad de elección no puede ejercitarse de modo abusivo o contrario a la buena fe. En este sentido, por ejemplo, el artículo 1174 PM 2023 reconoce siempre a la parte acreedora la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación pecuniaria; además, puede pedir el cumplimiento de una obligación no pecuniaria siempre que el deudor no se oponga, alegando que el cumplimiento es jurídica o físicamente imposible, o –en lo que ahora nos interesa– que «*no es razonable exigir el cumplimiento teniendo en cuenta la naturaleza de la relación obligatoria*»[85].

Además, de conformidad con el artículo 1173.2 PM 2023, los distintos remedios son acumulables en la medida en que sean compatibles. Puesto que no se dice nada al respecto, cabe entender que la compatibilidad o incompatibilidad puede derivar tanto de la naturaleza de las cosas, como de la ley o de la voluntad de las partes.

En ciertos casos este principio, que podemos llamar de coherencia[86], conduce a reglas claras que ya han sido consagradas en la doctrina y la práctica españolas[87]. Así, por ejemplo, el acreedor tendrá frente al deudor incumplidor la facultad de elegir la pretensión de cumplimiento o la resolución, pero no puede exigir las dos cosas a la vez, como ya reconoce ahora el vigente artículo 1124 CC. El mismo artículo 1173.2 PM 2023 admite que la indemnización de daños puede acumularse con los otros remedios, siempre que se cumplan sus correspondientes presupuestos. No obstante, en el caso de la reducción del precio esos daños, para ser indemnizables, tienen que ir más allá del desvalor de la cosa, pues de lo contrario se estaría violando el citado principio de coherencia. Este mismo principio inspira el artículo 1196.1 PM.1 cuando establece: «*El acreedor no podrá reclamar la indemnización convenida ni la pena convencional si ejercita con éxito la pretensión para obtener el cumplimiento o la subsanación del cumplimiento defectuoso, pero podrá reclamar la prestación convenida para el retraso*».

Pero lo cierto es que un estudio más profundo de los distintos remedios y de los supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

---

[85] De manera más explícita y concreta, el artículo 1221 *Code* francés recoge la imposibilidad de imponer la ejecución forzosa *in natura* en caso de desproporción manifiesta entre su coste para el deudor de buena fe y su interés para el acreedor. Para Flour; Aubert, Savaux, 2024, p. 1065, se trata de una de las innovaciones mayores introducidas por la Ordenanza de 2016 en la disciplina de la inejecución, con la consecuencia de una parte, de desdibujar los límites entre las diferentes sanciones, y de otra, de instaurar una condición de proporcionalidad que no había sido deseada.

[86] Fórmula que ha tenido fortuna en Derecho belga; *cf.* George; Colson; Cataldo, Fosséprez, 2023, p. 406.

[87] Pantaleón Prieto, 1991, p. 1049.

entre ellos es bastante más complejo de lo que a primera vista se desprende de las normas citadas y necesita de matices que solo pueden explicarse con el análisis detenido de cada uno de esos remedios o consecuencias, tarea que como se ha ya anunciado, no voy a acometer aquí.

En todo caso, los principios y reglas legales sobre la relación entre los distintos remedios son de naturaleza supletoria, de modo que las partes pueden pactar otras reglas, por ejemplo, extendiendo, limitando o descartando algunos remedios en función de las circunstancias (cláusulas resolutorias, cláusulas penales, cláusulas exoneratorias, etc.).

Estos pactos tienen, no obstante, sus propios límites. A diferencia de lo que sucede en algunos textos del *soft law,* donde esos límites se expresan en relación con todos los remedios[88], la Propuesta de 2023 alude exclusivamente al remedio indemnizatorio en su artículo 1193 PM 2023. Bajo la rúbrica «Modificación convencional de la responsabilidad» dicho artículo establece:

1. Las partes, de acuerdo con la buena fe, podrán ampliar, reducir o suprimir la obligación de indemnizar daños.

2. Son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad en caso de incumplimiento voluntario.

Con esta última regla se plantean algunos problemas derivados del tenor del artículo 1190.3 PM 2023, según el cual: «*El mero incumplimiento voluntario no implica, necesariamente, una conducta dolosa del deudor*», con lo que a primera vista parece que cualquier incumplimiento voluntario, aunque no sea doloso (y a salvo lo que después se dirá sobre el incumplimiento por culpa grave) impediría la utilización de las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad. No creo, sin embargo, que esta sea la solución querida por la Propuesta. No es la vigente en nuestro Derecho (*cf.* artículo 1102 CC) ni tampoco es la que prevalece en el Derecho comparado. Más bien parece que el término voluntario del citado artículo 1193.2 *in fine* debería ser sustituido por el calificativo de doloso o, si se optara reservar este vocablo para el dolo en el proceso de formación del contrato, debiera ser cambiado por el de incumplimiento intencional[89]; está última opción obligaría a modificar también la referencia al dolo del artículo 1190 PM 2023.

El transcrito artículo 1193 PM 2023 dibuja los contornos en los que el deudor puede invocar frente al acreedor cláusulas contrac-

[88] Artículo 8:109 PECL; artículo III.-3:105 DCFR; artículo 7.1.6. PICC.

[89] Término utilizado en el III.-3:105 DCFR y en el CC belga; para este último, George; Colson; Cataldo, Fosséprez, 2023, pp. 443-444.

tuales que excluyan o limiten la responsabilidad contractual del deudor en su sentido más estricto, esto es, en lo que afecta al remedio indemnizatorio. También en los casos en los que el acreedor puede exigir una mayor responsabilidad al deudor.

De nuevo me disculpo por no poder profundizar aquí en el estudio de todos los perfiles posibles de este tipo de cláusulas. Solo apuntaré que pueden haber sido objeto de negociación entre las partes, pero también pueden proceder de clausulados predispuestos, en cuyo caso quedarán sometidos a las reglas propias de este tipo de contratación que establecen mayores controles. Igualmente, existen normas especiales destinadas a asegurar el equilibrio contractual en relaciones en las que una de las partes está en situación de desventaja con respecto a la otra, siendo el caso paradigmático el de las relaciones contractuales entre empresarios y consumidores, de cuyas reglas especiales no me haré tampoco eco ahora.

Volviendo al reproducido artículo 1193 PM 2023, de su texto se deriva que las cláusulas de exclusión o limitación pueden implicar la exclusión de toda indemnización, o lo que sin duda es más frecuente, su limitación; y ello tanto en sentido cuantitativo, como en lo que se refiere a los tipos de daños indemnizables; por ejemplo, excluyendo los daños extrapatrimoniales, o entre los patrimoniales, excluyendo el lucro cesante.

Como se ha dicho, quedan proscritas por la norma las exclusiones o limitaciones en caso de incumplimiento voluntario (*rectius,* doloso o, si se considera más oportuno, intencional). Con la regulación actualmente vigente se apuesta por incluir también en la prohibición el supuesto de incumplimiento por culpa grave del deudor, lo que es también habitual en el ámbito internacional[90] y comparado. Sin embargo, y tomando en consideración que tal opción ni es unánime[91], ni está exenta de críticas[92], no estaría de más que la referencia a la culpa grave, en uno u otro sentido, se hiciese de modo expreso.

Pero, más allá de esta referencia expresa, también deben entenderse nulas todas aquellas cláusulas referentes a la responsabilidad del deudor que supongan la violación de una norma imperativa o

[90] Artículo III.-3:105 DCFR.

[91] El artículo 5.89.1 CC belga admite la exclusión o limitación por culpa grave tanto del deudor, como de la persona de la deba responder; *cf.* George; Colson; Cataldo, Fosséprez, 2023, pp. 446-447.

[92] Torre de Silva López de Letona, 2024, pp. 461-536; el autor se plantea si la culpa grave equivale al dolo a efectos de cláusulas de limitación de la responsabilidad contractual, muy frecuentes en los contratos de compraventa de activos o sociedades. Con variedad de argumentos, entiende que con carácter general es lícito limitar convencionalmente la responsabilidad contractual por culpa grave entre empresarios.

de un principio básico del ordenamiento jurídico, como claramente se deriva del artículo 1219.2 PM 2023, donde se recogen los límites generales a la libertad contractual. Así, por ejemplo, no podrá excluirse la indemnización por daños morales en caso de que la cláusula sea discriminatoria, o por daños personales en las prestaciones de servicios médicos, por citar algunas de las más evidentes. La buena fe mencionada en el artículo 1220 PM 2023 actuará también como límite o contrapeso de esa libertad contractual en este tipo de cláusulas.

Aunque, como se ha dicho, la Propuesta 2023 solo aluda expresamente a la modificación convencional que afecta al remedio indemnizatorio, creo que los límites a su validez que se establecen para este son igualmente aplicables con relación al resto de los remedios, aunque tal vez se debería repensar su inclusión expresa en la línea, por ejemplo, del artículo 8:109 EPCL[93].

3.4 LOS REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO COMO PARADIGMA

Como ya se ha dicho anteriormente, tanto en la PM 2023 como en su precedente de 2009, el incumplimiento se regula en el Título I del Libro IV del CC, esto es, en la Teoría general de las obligaciones y no en el lugar correspondiente de la Teoría del contrato, lo que hubiera significado su traslado al Título II, al modo en que se ha hecho, por ejemplo, en el reformado *Code* civil francés.

Pero lo cierto es que, a pesar de esta ubicación en el título de las obligaciones, toda la regulación se ha hecho pensando en el incumplimiento del contrato. Basta leer, para comprobarlo, algunos de los preceptos más significativos del capítulo, comenzando por el artículo 1173, destinado a enumerar y ordenar los remedios ante el incumplimiento, y que comienza diciendo «*En caso de incumplimiento del contrato…*».[94] La razón no está solo en que el contrato da origen y contenido a la mayor parte de las relaciones obligatorias y, probablemente, a las más importantes, sino también porque la visión tradicional de los códigos civiles decimonónicos se proyectaba sobre el incumplimiento de obligaciones de

---

[93] Artículo 8:109: «*Clause Excluding or Restricting Remedies: Remedies for non-performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to good faith and fair dealing to invoke the exclusion or restriction*».

[94] Se puede mencionar también el artículo 1178.1. «*La parte que hubiere recibido una prestación no conforme con el contrato…*»; artículo 1181.1 «*Cualquiera de las partes de un contrato signalagm´tico podrá resolverlo…*»; artículo 1182. «*La facultad de resolver el contrato…»,* entre otros.

carácter unilateral[95], mientras que la perspectiva actual plantea el incumplimiento pensado, sobre todo, en las relaciones obligatorias bilaterales que suelen derivar del contrato[96], las cuales son contempladas casi de modo marginal o excepcional en el Código civil vigente [97].

Conviene advertir que este planteamiento desde el contrato no impide, sino todo lo contrario, que el sistema diseñado pueda ser utilizado, con las debidas adaptaciones, a otro tipo de relaciones obligatorias. Así se pronuncia el artículo 1173.3 PM 2023 cuando establece: «*Los remedios previstos para el incumplimiento del contrato son aplicables al de otras relaciones obligatorias, en la medida en que resulten adecuados a la naturaleza de cada una de ellas*»[98].

Confieso que la fórmula utilizada no resulta especialmente clara, e incluso puede tildarse de incompleta. Con todo, su significado querido es que, al igual que sucede en el BGB[99], las normas sobre los remedios que están a disposición de la parte que sufre el incumplimiento son también aplicables, en la medida que se correspondan con la naturaleza concreta de la relación, entre otras a la responsabilidad extracontractual, al enriquecimiento sin causa o a cualquier obligación legal o de fuente unilateral. Pero lo cierto es que aquí también habría que introducir matices y reglas especiales, que parecen faltar en la PM 2023 publicada, pues como ya advirtió Pantaleón en su día, la específica distribución de riesgos entre las partes, imputable a su autonomía privada, que todo contrato supone, no siempre puede extenderse a otro tipo de obligaciones[100].

---

[95] Nos recuerda Morales Moreno, 2009, pp. 196-197, que el modelo de obligación que contempla la regulación general de nuestro Código civil, incluso en lo que se refiere al incumplimiento, es el modelo de la obligación unilateral, y no el de la obligación bilateral o sinalagmática. Ello se explica por la tradición iusnaturalista que utilizó este modelo para constituir el concepto de contrato, tradición en la que se inspira Pothier. Añade Morales Moreno que, como consecuencia de este planteamiento, la regulación general del incumplimiento solo toma en cuenta, directamente, los remedios propios de la obligación unilateral (acción de cumplimiento y pretensión indemnizatoria), y que la resolución por incumplimiento no está considera como un remedio contractual, sino como una condición implícita. Reitera estas ideas en Morales Moreno, A. M., 2006, p. 17-54, espec., pp. 21-22.

[96] Recuerda Del Olmo García, 2022, p. 856, que el nuevo modelo regula el incumplimiento del contrato, no el de la obligación.

[97] García Pérez, 2011, pp. 330-368, espec., p.p. 334-335.

[98] Me parece una regla más sencilla y clara que la adoptada, por ejemplo, en el CC belga, de innecesaria complejidad.

[99] Ebers, 2003, *ADC*, p. 1595.

[100] Pantaleón Prieto, 1991, *ADC*, p. 1020; también, Pantaleón Prieto, 1993, *ADC*, p. 1719.

4. LA SUPRESIÓN DE LA DISCIPLINA DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO

La última parte de este trabajo la destinaré a explicar por qué con el nuevo modelo de incumplimiento que se plasma en la PM 2023 no es necesaria, ni siquiera conveniente, la inclusión de reglas relativas a la transmisión del riesgo, ni en la parte general de las obligaciones y contratos, ni tampoco, en particular, en el régimen de la compraventa; precisamente por ello la PM 2023 no incluye este tipo de reglas y, además, deroga el artículo 1452 CC.

Es bien sabido que la disciplina especial de la transmisión del riesgo en la compraventa ha sido frecuentemente cuestionada cuando no directamente criticada, tanto en su análisis histórico como en su plasmación en el Derecho positivo, particularmente en el caso español. En el momento actual estas críticas no han hecho sino arreciar, sencillamente porque los planteamientos que derivan del nuevo Derecho de contratos ponen muy seriamente en cuestión el sentido de mantener esta disciplina.

Aunque, con toda probabilidad, la explicación ideal exigiría mayores desarrollos de los que puedo hacer en este lugar[101], baste ahora recordar que, tal y como señalábamos en los primeros párrafos de este trabajo, a partir de la CSIG se produce un giro en la forma de concebir la vinculación contractual para reforzar la satisfacción del interés del acreedor. Asimismo, se superan las concretas y dispersas desviaciones del programa de la prestación que venían siendo tratadas de manera dispersa en los Códigos civiles, que ahora convergen en la unitaria noción de incumplimiento que se ha explicado en los apartados anteriores y, finalmente, se disciplinan de modo ordenado los remedios ante ese incumplimiento, con el fin de satisfacer aquel interés del acreedor protegido por el contrato. Como muy bien ha explicado Morales Moreno, contrato y remedios ante el incumplimiento son ahora los que articulan el reparto de riesgos entre los contratantes[102].

Con la nueva comprensión del incumplimiento, los antiguos problemas de «pérdida y deterioro fortuitos» que, por ejemplo, menciona el artículo 1452 CC son, en realidad, problemas de incumplimiento de las obligaciones de entrega y conformidad; son

[101] A explicar por qué no hace falta este régimen especial sobre transmisión del riesgo, de modo exhaustivo, con análisis histórico, comparado y práctico, Varela Castro, 2023, *passim*. Recientemente, en un estudio más acotado y con especial referencia al Derecho francés e italiano, Varela Castro, 2024, pp. 125-152.

[102] Morales Moreno, 2009, pp. 205-208.

problemas de incumplimiento[103]. Sucede que en la nueva lógica el vendedor responde por ambos incumplimientos, que es justo lo contrario de lo que hace la clásica y especial disciplina de la transmisión del riesgo.

Pero, incluso más allá de este giro estructural básico que afecta al concepto de incumplimiento, el artículo 1452 CC ha sido siempre polémico en su interpretación, de modo que se puede decir que quienes lo han estudiado han reiterado la necesidad de su reforma, aunque siempre ha habido discrepancias en el modo de plantearla.

A primera vista y atendiendo al nuevo modo de entender el incumplimiento, una manera de proceder podría ser la siguiente: puesto que lo razonable es hacer responder al vendedor por el incumplimiento tanto de la obligación de entrega como de la obligación de entregar el bien conforme con el contrato, se debe desplazar el momento de la transmisión del riesgo desde la perfección del contrato al momento previsto para la entrega; para ello se pueden incluir en el sistema una o varias reglas *ad hoc* como hacen la CSIG y la mayor parte de los textos que se inspiran en ella.

Pero como demuestra Varela Castro en las páginas que dedica a apartarse de esta eventual opción legislativa[104], el citado proceder implicaría lo siguiente: si la tradicional transmisión del riesgo parte de que hay un incumplimiento del vendedor que el comprador no puede remediar, trasladarla al momento de la entrega conforme supone, en realidad, establecer que cuando el vendedor cumple, el comprador no puede remediar y además tiene que cumplir. Sucede que esta respuesta es, a todas luces, una obviedad derivada de las reglas generales: en caso de cumplimiento no hay que abordar ni el incumplimiento ni sus remedios. Por tanto, no hacen falta otras reglas específicas sobre transmisión del riesgo, las cuales no solo serían inútiles, sino que podrían ser contraproducentes en la medida en que podrían llegar a desnaturalizar su originaria función[105]. Decir que el riesgo se transmite en el momento de la entrega supone una tautología y una duplicidad innecesaria; en consecuencia, lo mejor es no decirlo. Otra cosa es que en ciertos casos concretos y

---

[103] Morales Moreno, 2014, p. 33, desarrolla la idea este mismo autor, en relación al derecho vigente, en 2014, pp. 115 ss.

[104] Varela Castro, 2023, pp. 405 ss.

[105] Precisamente por ello, sorprende que la propia CISG mantenga algunas reglas *ad hoc* sobre la transmisión del riesgo que, como demuestra Varela Castro, 2023, pp. 39 ss. y 405 ss., suponen, una duplicidad innecesaria y, por añadidura, una desnaturalización de su originaria razón de ser; incluso, en algún caso que en la obra aparece convenientemente reseñado, implican una incorrecta ubicación de la norma en cuestión. Probablemente la respuesta a por qué están ahí esas perturbadoras reglas tenga mucho que ver con el tributo a pagar por el carácter negociado del propio tratado internacional y con un cierto respeto reverencial por ciertas tradiciones jurídicas.

especialmente relevantes para el tráfico convenga aclarar precisamente qué es entregar; pero ello ha de hacerse en sede de cumplimiento, al hilo de la regulación de las obligaciones de entrega y conformidad y no en un perturbador lugar específico, rubricado como transmisión del riesgo[106].

En definitiva, lo más acorde con la concepción actual del contrato y del incumplimiento no es la modificación de unas hipotéticas reglas específicas sobre la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa sino, sencillamente, proceder a su supresión. Dicho en palabras de Morales Moreno, una de las consecuencias del nuevo modo de entender el incumplimiento es la absorción de la denominada doctrina del riesgo en el ámbito de la responsabilidad contractual[107]. Este no era el planteamiento de la PM 2009, más próxima a Viena y que conservaba unas supuestas reglas sobre transmisión del riesgo en la compraventa; en cambio, sí es la opción tomada por la PM 2023.

BIBLIOGRAFÍA

Cabanillas Sánchez, Antonio: «Los deberes de protección en el desarrollo de la relación obligatoria», en *Estudio de Derecho de Contratos, vol. I,* Morales Moreno, Antonio Manuel (dir.), Blanco Martínez, Emilio V. (coord.), Madrid, BOE, 2022, pp. 113-146.

Cartwright, John: *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2.ª ed., Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013.

Chantepie, Gaël, Latina, Mathias: *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l´ordre du Code civil,* 2.ª ed, Paris, Dalloz, 2018.

Chénedé, François: *Droit des obligations et des contrats*, Paris, Dalloz, 4.ª ed., 2023.

Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2008.

Díez-Picazo, Luis; Roca Trías, Encarna, Morales Moreno, Antonio Manuel: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

---

[106] Varela Castro, 2023, pp. 619-624, realiza un esbozo normativo sobre los ajustes que habrían de realizarse en la regulación del contrato de compraventa para evitar unas desnaturalizadas reglas sobre transmisión del riesgo. Se estructura así el discurso del autor que tampoco prescinde de abordar otra cuestión delicada, cual es la relación entre la transmisión del riesgo y la transmisión de la propiedad (espec., pp. 597-619). Cumplidamente demuestra que ambos asuntos atienden a riesgos distintos, a compromisos diferentes del vendedor, por lo que no hay una razón definitiva que obligue o aconseje unir ambas cuestiones. Ni esta tradicional unión, propia de sistemas como el francés o el inglés aquí estudiados, ni la configuración jurídica de una expresa obligación de transmitir la propiedad, representan verdaderos impedimentos para plantear la superación de la disciplina de la transmisión del riesgo.

[107] Morales Moreno, 2006, p. 33.

EBERS, Martin: «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002», *ADC*, 2003, núm. 4, pp. 1575-1608.

FURMSTON, Michael P.: «Breach of contract», en *The American Journal of Comparative Law,* 1992, vol. 40, núm. 3, pp. 671-674.

GARCÍA PÉREZ, Rosa M.ª: «Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho privado europeo», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Albiez Dohrmann, Klaus Jochen (dir.); Palazón Garrido, María Luisa (coord.); Méndez Serrano, M.ª del Mar (coord.), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 330-368.

GEORGE, Florence; COLSON, Pauline; CATALDO Andrea, FOSSÉPREZ, Bérénice: *Manuel de Droit des Obligations, Théorie du contrat et régime général de l´obligation,* Bruxelles, Lacier-Intersentia, 2023.

GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en el Derecho español», *InDret*, 2007, núm. 3, pp. 1-49.

KLEINSCHMIDT, Jens: «Chapter 8. Non –performance and Remedies in general» en *Commentaries on European Contract Laws*, Jasen, Nils, Zimmerman, Reinhard (eds.), Oxford University Press, 2018, pp. 1078-1143.

KÖTZ, Hein: *European Contract Law,* trad al inglés del libro *Europäisches Vertragrecht*, realizada por MERTENS, Gill, WEIR, Tony*,* 2.ª ed., Oxford University Press, 2017.

— *Droit européen des contrats*, trad. al francés del libro *Europäisches Vertragrecht*, realizada por FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; SIGNAT, Carine, GALBOIS-LEHALLE, Diane, Paris, Sirey, 2020.

LOOSCHELDERS, Dirk: *Derecho de Obligaciones. Parte General*, 17.ª ed., traducción al español por GÓMEZ CALLE, Esther, Madrid, BOE, 2021.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Comentario al artículo 47», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo, Luis (dir. y coord.), Madrid, Civitas, 1996, pp. 423-426.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Comentario al artículo 35», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena,* Díez-Picazo, L. (dir. y coord.) Madrid, Civitas, 1998, pp. 286-312.

— *La modernización del Derecho de Obligaciones,* Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

— «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código civil», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, GONZÁLEZ PACANOWSCA, Isabel / GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 23-46.

MORALES MORENO, Antonio Manuel (con BARROS BOURIE, Enrique, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz): *Derecho de daños*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

NINANE, Yannick, GERMAIN, Jean François: «L´inexécution du contrat imputable au débiteur», en *La réforme du Droit des Obligations. Présentation générale des libres 1 et 5 du Nouveau Code civil,* DERVAL, Thomas; JAFFERALI, Raphäel, KOHL, Benôit, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 405-506.

OLMO GARCÍA, Pedro del: «Remedios por el incumplimiento. El Código civil, entre ayer y mañana», en *Estudio de Derecho de Contratos, vol. I,* Morales Moreno, Antonio Manuel (dir.), Blanco Martínez, Emilio V. (coord.), Madrid, BOE, 2022, pp. 853-891.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *ADC,* 1991, pp. 1019-1091.

— «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC,* 1993, pp. 1719-1746.

ROCA TRÍAS, Encarna: «Los incumplimientos en las propuestas de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Estudios Jurídicos en homenaje al Pr. Ángel Rojo*, Castellano M.ª J., Campuzano A. B. (Coords.), Aranzadi, 2024, pp. 117-151.

SAVAUX, Eric: en FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean Luc, SAVAUX, Eric, *Droit civil. Les obligations. L´acte juridique*, 18.ª ed., París Lefebvre Dalloz, 2024.

SCHELHAAS, Harriet: «Article 7.1.1» en *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC*), 2.ª ed., Vogenauer, Stefan (ed.), Oxford University Press, 2015, pp. 829-832.

SCHMIDT, Jan Peter: «Artículo 1:202: Duty to Co-operate» en *Commentaries on European Contract Laws*, Jasen, Nils / Zimmerman, Reinhard (eds.), Oxford University Press, 2018, pp. 157-16.

SMITS, Jan M.: «Non-performance and Remedies in general», en *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary,* Busch, Danny; Hondius, Ewoud; van Kooten, Hugo; Schelhaas, Harriet, Schrama, Wendy (eds.), Kluwer Law International, 2002.

STOLL, Heinrich: *Die Lehre von den Leistungsstörungen,* Tubingen, 1936.

TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, Javier: «Culpa lata dolo aequiparatur en las cláusulas limitativas de responsabilidad, *ADC,* 2024, pp. 461-536.

UNIDROIT: *PRINCIPIOS UNIDROIT. Sobre los contratos comerciales internacionales,* versión española con sus comentarios, 2018.

VARELA CASTRO, Ignacio: *Riesgo en la compraventa, cumplimiento e incumplimiento*, Madrid, BOE, 2023.

— «Sobre la supresión de las reglas de la transmisión del riesgo en la compraventa: reflexiones desde el contexto jurídico español», Il Foro Napoletano, núm. 1, 2024, pp. 125-152.

VARGAS BRAND, Isué: *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano),* Madrid, BOE, 2023.

VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La noción de incumplimiento. Una mirada unitaria a la idea de vinculación contractual garantía», en *Estudios de Derecho de contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Vidal Olivares, A. (dir.), Severín Fuster, G. (ed.), Santiago, Thomson-Reuters, 2018, pp. 447-474.

El pacto de preferencia y las promesas de contrato en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023 [1]

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA
Catedrático de Derecho civil
Universitat Rovira i Virgili

RESUMEN

La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos del año 2023, elaborada por la Comisión General de Codificación por encargo del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, regula, entre los que denomina «contratos preparatorios», el pacto de preferencia, que concede al beneficiario el derecho a ser parte de modo prioritario en un contrato que, en el futuro, decida celebrar el obligado, y la opción y el precontrato, que atribuyen al beneficiario o a ambas partes del contrato, respectivamente, el derecho a decidir la celebración del contrato prometido siempre que su contenido esté suficientemente determinado. La Propuesta ofrece un esquema claro de tales figuras precontractuales, perfectamente delimitadas por lo que respecta al grado de vinculación de las partes y, con mayor o menor acierto, trata de resolver los problemas que plantea su eficacia y los remedios ante el incumplimiento.

PALABRAS CLAVE

Contrato. Pacto de preferencia. Precontrato. Promesa. Opción.

[1] Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación *Las propiedades claudicantes* (PID2022-136274NB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación, y forma parte de la actividad del Grupo de Investigación Consolidado *Dret Privat Transformatiu* (2021 SGR 00170), financiado por la Generalitat de Catalunya. El autor agradece a los evaluadores de la Revista las observaciones al texto presentado, y al profesor Antoni Vaquer Aloy los comentarios a una versión previa del trabajo.

Pact of preference and promises of contract in the Proposal for the Modernisation of the Spanish Civil Code on Obligations and Contracts for the year 2023

ABSTRACT

The Proposal for the Modernisation of the Spanish Civil Code on Obligations and Contracts for the year 2023, prepared by the General Codification Commission at the request of the Ministry of Justice of the Spanish Government, regulates what it calls «preparatory contracts». The pact of preference grants the beneficiary the right to be a privileged party to a contract that the obligor decides to conclude in the future. The option and the pre-contract give the beneficiary or both parties to the contract the right to decide on the conclusion of the promised contract if its content is sufficiently defined. The Proposal offers a clear outline of such pre-contractual figures, perfectly delimited with respect to the degree of binding of the parties, and attempts to resolve the problems raised by their effectiveness and the remedies for non-performance.

KEY WORDS

Contract. Pact of preference. Pre-contract. Promise. Option.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *El pacto de preferencia*. 1. Caracterización. 2. Las facultades del concedente del pacto de preferencia mientras no decida contratar. 3. La prioridad del beneficiario si el concedente decide concluir el contrato previsto. 3.1 La identificación del tipo contractual para el que se otorga la preferencia. 3.2 La oferta previa. 3.2.1 Referencia a los precedentes de la Propuesta: la progresiva superación de la necesidad de un acuerdo previo con un tercero como presupuesto para el ejercicio de la preferencia. 3.2.2 La oferta previa en la Propuesta. A) Configuración de la oferta previa. B) Contenido de la oferta. C) La fijación del contenido de la oferta en el propio pacto de preferencia. 4. Plazos. 4.1 Plazo de duración de la preferencia. 4.2 Plazo para la aceptación de la oferta. 4.3 Plazo del que debe disponer el obligado para contratar con un tercero en caso de que el beneficiario no acepte la oferta. 5. Aceptación de la oferta y conclusión del contrato. 6. Incumplimiento del pacto de preferencia. 6.1 Causas. 6.2 Remedios. 6.2.1 El régimen general. 6.2.2 Remedios específicos para cuando el tercero «haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia». A) El alcance de la «colaboración a sabiendas en el incumplimiento». B) Los remedios. 6.3 Contratación con un tercero sin contraprestación, o a cambio de una contraprestación no dineraria. 7. Conclusiones.–III. *Las promesas de*

contrato: el precontrato y la opción. 1. Caracterización. 1.1 El precontrato y la opción como promesas de contratar con un contenido «suficientemente determinado». 1.2 Contrato de opción, promesa unilateral de prestación, y oferta de contrato. 2. Finalidad. 3. Forma de la promesa y circunstancias que deben constar en ella. 3.1 Forma. 3.2 Circunstancias que deben constar en el contrato de promesa. 3.2.1 Circunstancias relativas al contrato definitivo. 3.2.2 Circunstancias inherentes al propio contrato preparatorio. 4. La eficacia de la promesa: ¿obligación de contratar, o facultad de poner en vigor un contrato? 4.1 La promesa de contratar en el Código civil español. 4.1.1 ¿Promesa de vender o comprar, o promesa de vender *y* comprar? 4.1.2 La eficacia de la promesa. 4.2 De la promesa de compra y venta al precontrato y al contrato de opción. 4.2.1 Referencia a las opiniones de la doctrina. 4.2.2 La jurisprudencia. 4.3 La eficacia de la promesa en la Propuesta. 4.3.1 La eficacia del ejercicio de la opción. 4.3.2 La eficacia del precontrato. 4.3.3 Crítica al régimen de la Propuesta: los intereses de las partes deben permitir configurar la eficacia del ejercicio del precontrato y de la opción. 5. Remedios ante el incumplimiento de la promesa. 5.1 La discrepancia en la doctrina y en la jurisprudencia. 5.1.1 La doctrina. 5.1.2 La jurisprudencia. 5.2 El artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.3 El incumplimiento de la promesa en la Propuesta. 5.3.1 Incumplimiento de la promesa por la negativa del obligado a contratar. 5.3.2 Remedios específicos para el caso de conclusión del contrato proyectado con un tercero. A) El tercero protegido. B) Remedios cuando el tercero ha colaborado a sabiendas en el incumplimiento. 6. Conclusiones.–*Bibliografía.–Jurisprudencia.*

I. **INTRODUCCIÓN**

La Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación por encargo del Ministerio de Justicia en 2023 (en adelante, PM-23 o Propuesta), regula, en los artículos 1261 a 1264, el pacto de preferencia, el contrato de opción y el precontrato[2].

[2] También se regula, en el artículo 1260, el acuerdo de intenciones, que no obliga a las partes a alcanzar el resultado de la celebración del contrato definitivo, sino únicamente a negociar un futuro contrato y a colaborar, de conformidad con las exigencias de la buena fe, en la determinación del contenido necesario para su perfección, y que se sitúa en la fase los tratos preliminares. La STS 395/2000, de 11 de abril (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 3063/2000, ECLI: ES: TS:2000:3063, RJ 2000/2434) señaló que el «acuerdo o pacto de intenciones» es «algo más que unas meras conversaciones», pero «no llega a la categoría jurídica de precontrato», sin que su incumplimiento pueda generar algo más que una responsabilidad precontractual; y la STS 371/1993, de 20 de abril (ponente Pedro González Poveda, Roj: STS 17473/1993, ECLI: ES: TS:1993:17473, RJ 1993/3104) afirmó que los acuerdos adoptados en orden a la celebración de un futuro contrato «no pueden tener otra consideración que la de actos preparatorios del contrato, de los cuales no surge acción para la otra parte por la que pueda exigir su cumplimiento»; véase Llodrà Grimalt, 2021, pp. 275-305.

Mientras el pacto de preferencia atribuye una simple prioridad al beneficiario para el caso en que el obligado decida contratar, en el precontrato y en la opción sí existe la obligación de contratar, para ambas partes en el precontrato y solamente para el concedente en la opción, por lo que también se denominan, respectivamente, «promesa mutua de contratar» y «promesa unilateral».

En una primera aproximación, cabe apuntar tres notas definitorias de tales figuras:

a) Su función «preparatoria» de otros contratos, función que explica que, a pesar de que tanto el pacto de preferencia como la promesa encajan en la definición de contrato que ofrece el artículo 1218 de la Propuesta[3], su regulación no se encuentra en la parte especial, como un tipo contractual más, sino en el capítulo dedicado a la formación del contrato[4].

b) Tienen por objeto la conclusión del contrato proyectado o prometido[5].

c) Son contratos preparatorios de cualquier tipo contractual, y no solamente de los contratos traslativos del dominio[6].

En el presente trabajo se analiza el pacto de preferencia y las promesas de contrato conforme a la regulación de la Propuesta de Modernización del Código civil de 2023, Propuesta que, de conseguir aprobarse, supondría un indudable avance en el Derecho español de obligaciones y contratos, por su adaptación a la evolución de la jurisprudencia y a las modernas exigencias del tráfico económico y jurídico, y su alineación con las más recientes propuestas

---

[3] Establece el artículo 1218 de la Propuesta: «1. Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y establecer las reglas que le serán aplicables. 2. Hay contrato si las partes tienen intención de vincularse y han alcanzado un acuerdo suficiente que permita su ejecución, sin perjuicio de que hayan dejado algún aspecto pendiente de ulteriores negociaciones»; tanto en el pacto de preferencia como en la promesa las partes se vinculan para crear una relación jurídica patrimonial.

[4] Así lo hace también el Derecho francés, tras la Reforma de su Derecho de contratos por la Ordenanza núm. 2016-131, de 10 de febrero, artículos 1123 y 1124. También la generalidad de doctrina española analiza los contratos preparatorios dentro de la teoría general del contrato, con la excepción de Puig Peña, que considera el contrato de promesa y el contrato de opción como uno de los contratos de garantía (Puig Peña, 1973, pp. 595 ss.).

[5] Aunque el pacto de preferencia o las promesas preparen un contrato traslativo del dominio, su ejercicio tendrá una eficacia meramente obligacional; si, por ejemplo, se pacta un contrato de opción de compra, el ejercicio de la opción dará lugar a la conclusión del contrato de compraventa, pero no a la adquisición inmediata del dominio del bien vendido, adquisición que requerirá de la *traditio*; véase Bosch Capdevila, 2020, pp. 74 y 86-89.

[6] En cambio, la mayoría de derechos de preferencia y promesas de contrato regulados en el Código civil español o en las leyes especiales recaen sobre contratos traslativos del dominio; por ejemplo, el retracto de comuneros y colindantes (arts. 1521 a 1525 CC), el tanteo y retracto arrendaticio urbano (art. 25 LAU), la promesa de compraventa (art. 1451 CC), o el contrato de opción de compra (art. 14 RH).

armonizadoras europeas del Derecho de contratos y las últimas reformas sobre la materia en algunos Estados europeos, como la llevada a cabo en Francia con la *Ordonnance núm. 216-131, du 10 février 2016* –cuya influencia en la Propuesta ha sido evidente–, y la Ley belga de 28 de abril de 2022 sobre el libro V del Código civil dedicado a las Obligaciones.

II. **EL PACTO DE PREFERENCIA**

1. CARACTERIZACIÓN

El apartado primero del artículo 1261 de la Propuesta establece que «El pacto de preferencia atribuye al beneficiario el derecho a ser parte de modo prioritario en un contrato que, en el futuro, decida celebrar el obligado»[7]. El precepto permite extraer las siguientes notas definitorias del pacto de preferencia:

1.ª Su designación como «pacto» manifiesta su origen voluntario y convencional. La preferencia no se constituye ni por disposición de la ley, ni por un negocio unilateral del obligado[8], sino por un acuerdo entre las partes. El concedente no solamente consiente en conceder la preferencia, sino que la concede a un determinado beneficiario[9].

2.ª La denominación de «pacto» no excluye su calificación como «contrato». Puede sorprender que, mientras la promesa

[7] Se trata de una norma que presenta evidentes analogías con la del apartado primero del artículo 1123 del Código civil francés, tras la Reforma de 2016: «Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter»; también, en términos muy similares, el artículo 5.24. I del Código civil belga tras la reforma de 2022: «Le pacte de préférence est un contrat par lequel une partie s'engage à donner la priorité au bénéficiaire du pacte si elle décide de conclure un contrat». Otros códigos, en cambio, definen el pacto de preferencia con relación al contrato de compraventa, como el Código civil portugués, que en el artículo 414 establece que: «O pacto de preferência consiste na convenção pela qual alguém assume a obrigação de dar preferência a outrem na venda de determinada coisa».

[8] Como un testamento, en el que sí se podría, en cambio, constituir una preferencia adquisitiva de naturaleza real, como el derecho de tanteo y retracto; el artículo 23 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente (Ley derogada por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña) establecía explícitamente que «Los derechos de adquisición pueden constituirse por actos entre vivos, a título oneroso o gratuito, o *por causa de muerte* […]».

[9] A diferencia de los derechos de preferencia de origen legal, que los establece la Ley a favor de una persona designada por encontrarse en una determinada situación, y por tanto puede que en ocasiones sin ninguna relación con el obligado como, por ejemplo, el retracto de colindantes del artículo 1523 CC, en el que la preferencia se atribuye a los propietarios de las fincas colindantes, con quienes el obligado no ha entablado ninguna relación jurídica.

unilateral se denomina «contrato de opción», a la preferencia se la designa como un «pacto». La explicación puede encontrarse, en primer lugar, en el seguidismo de otros códigos europeos, que también la denominan «pacto»[10]; ahora bien, en algunos de ellos a continuación se califica como contrato: «Le pacte de préférence est un contrat […]», empieza diciendo el artículo 1123 del Código civil francés. Otra posible razón podría ser que, frecuentemente, el pacto de preferencia no constituye un contrato autónomo, sino que se incorpora como una cláusula o estipulación dentro de otro contrato[11]. En cualquier caso, no cabe duda de que el pacto de preferencia encaja en el concepto de contrato del artículo 1218 de la Propuesta[12].

3.ª El pacto de preferencia concede una prioridad al beneficiario con respecto a terceros *para el caso en que el obligado quiera contratar*. Por tanto, el concedente no tiene la obligación de contratar, sino que el pacto solamente atribuye una preferencia al beneficiario si el obligado quiere concluir el tipo contractual para el que ha concedido la preferencia.

4.ª El beneficiario de la preferencia tampoco está obligado a contratar. Cuando el concedente le haya notificado, si es el caso, su intención de contratar, podrá decidir si ejercita o no la preferencia, es decir, si concluye o no el contrato mediante la aceptación de la oferta emitida por el obligado[13].

5.ª La constitución del pacto puede hacerse a título oneroso –si el beneficiario está obligado a pagar una contraprestación–, o a título gratuito[14].

6.ª La preferencia puede recaer sobre cualquier contrato, sea o no traslativo del dominio. Se atribuye al beneficiario el derecho a ser *parte en un contrato*, de manera que el ejercicio de la preferencia determinará la adquisición de la posición de parte contractual, sea la de comprador, la de arrendatario, prestador de un servicio, o de cualquier otro tipo contractual para el que se haya concedido la prioridad[15].

---

[10] *Pacte de préférence* (art. 1223 Código civil francés y 5.24 belga), *pacto de preferência* (art. 414 Código civil portugués), *patto di preferenza* (art. 1566 Código civil italiano).

[11] Por ejemplo, el artículo 564-4.5 del Código civil de Cataluña prevé que «Los propietarios y los superficiarios pueden establecer, en el título de constitución o en otro posterior, derechos de adquisición preferente, recíprocos o no […]».

[12] Véase la nota 3.

[13] Con respecto a la oferta que emite el obligado, véase el epígrafe 3.2.2.

[14] Si la preferencia se ha constituido a título gratuito, estaremos ante un contrato unilateral, dado que solamente tiene obligaciones una de las partes, el promitente que, para el caso en que quiera contratar, deberá emitir la oferta al beneficiario.

[15] Véase el epígrafe 3.1.

2. LAS FACULTADES DEL CONCEDENTE DEL PACTO DE PREFERENCIA MIENTRAS NO DECIDA CONTRATAR

La constitución de la preferencia no limita las facultades del concedente mientras no tenga la intención de concluir el tipo contractual para el cual se haya concedido la preferencia –en concreto, mientras no emita la oferta al beneficiario–. Salvo que se haya pactado lo contrario al constituir el pacto, la libertad del obligado es prácticamente absoluta, tanto en el ámbito material como en el jurídico, libertad que se manifiesta en los siguientes aspectos:

1.º) El concedente de la preferencia no está obligado a la conservación material del bien. En el caso en que, por ejemplo, se haya concedido la prioridad para la compra de un bien del obligado, este puede dejar que el bien se deteriore o incluso que se destruya –siempre a salvo los límites que derivan del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho (art. 7 CC)–, y la preferencia del beneficiario se podrá hacer efectiva, si es el caso, conforme a las condiciones que tenga el bien en el momento en que el obligado decida contratar, y no acorde con las que tenía cuando se pactó la preferencia; téngase en cuenta que el deterioro o destrucción del bien a quien más perjudica es al obligado, desee o no contratar.

2.º) El obligado es libre de realizar cualquier negocio jurídico distinto de aquel para el que se haya concedido la preferencia, aunque la conclusión de tal negocio implique para el beneficiario la imposibilidad futura de poder ejercer su prioridad; así, por ejemplo, si se ha concedido una preferencia para arrendar un local, el concedente podrá enajenarlo, aunque tal enajenación implique de hecho la extinción de la preferencia arrendaticia.

3.º) El obligado también podrá gravar el bien, gravamen que no implicará necesariamente la extinción de la preferencia, pero sí un cambio respecto a la situación originaria que podrá hacer desistir al beneficiario de ejercer, si es el caso, su prioridad. Si, por ejemplo, el propietario concede una preferencia para la adquisición de un local, y posteriormente lo grava con un derecho de usufructo, la preferencia adquisitiva no se extinguirá, pero si el beneficiario la ejercita adquirirá el local no en las condiciones que tenía inicialmente –libre–, sino en las actuales –gravado con un derecho de usufructo–.

4.º) El límite a la facultad dispositiva del obligado viene determinado por la imposibilidad de concluir negocios o constituir gravámenes que puedan dar lugar, precisamente, a la conclusión con un tercero del negocio jurídico para el que se constituyó la

preferencia. Por ejemplo, si el obligado concedió una preferencia adquisitiva sobre un local, no podría posteriormente conceder a un tercero una opción de compra sobre este mismo local; lo que debería hacer el concedente en este caso es, antes de conceder la opción de compra, emitir una oferta al beneficiario en la que fije, para la adquisición del local, una contraprestación igual o inferior a la que, en su caso, se establecería posteriormente al constituir la opción.

3. LA PRIORIDAD DEL BENEFICIARIO SI EL CONCEDENTE DECIDE CONCLUIR EL CONTRATO PREVISTO

Es a partir del momento en que el concedente decide concluir el contrato para el cual se ha concedido la preferencia cuando se hacen efectivas sus obligaciones inherentes a tal pacto, que consisten esencialmente en ofrecer al beneficiario la posibilidad de celebrar el contrato estipulado. Este contrato estará identificado únicamente por su tipo contractual, mientras que el resto de sus elementos los fijará el obligado en la oferta que emita al beneficiario, que tendrá prioridad no solamente respecto a un determinado tercero, sino ante cualquier tercero.

3.1 **La identificación del tipo contractual para el que se otorga la preferencia**

La identificación del tipo contractual para el que se concede la prioridad es esencial para la constitución del pacto de preferencia. Esta no se constituye para cualquier contrato que el obligado quiera celebrar en el futuro, sino exclusivamente para cuando pretenda concluir en determinado tipo contractual[16].

En ocasiones, sin embargo, la modalidad de preferencia no viene identificada por un tipo contractual concreto, sino por una categoría más genérica. Así como ocurre, por ejemplo, cuando se concede una preferencia adquisitiva, sin otra especificación. Mientras que si la transmisión se pretende realizar por un contrato de compraventa no se deberían generar problemas, las dudas surgen cuando el concedente pretende llevar a cambio la transmisión del bien a cambio de una contraprestación no dineraria, o incluso sin contraprestación, caso en el que, ya sea por el carácter no fungible

[16] Al beneficiario le podrá interesar, por ejemplo, tener una preferencia para arrendar el bien, pero no para adquirirlo.

de la contraprestación, o por la causa gratuita del negocio, la preferencia no podrá hacerse efectiva[17].

3.2 **La oferta previa**

La regla segunda del apartado segundo del artículo 1261 establece que «El obligado deberá notificar al beneficiario el contenido del contrato que pretende celebrar. Esta notificación constituirá una oferta». Por tanto, cuando el obligado pretenda contratar, deberá en primer lugar emitir una oferta al beneficiario.

3.2.1 Referencia a los precedentes de la Propuesta: la progresiva superación de la necesidad de un acuerdo previo con un tercero como presupuesto para el ejercicio de la preferencia

Una de las novedades más destacables de la regulación del pacto de preferencia en la Propuesta radica en que, cuando el obligado decide contratar, debe emitir una oferta al beneficiario en la que establezca el precio y las condiciones en las que pretende contratar. De esta manera, la Propuesta elimina, cuando menos en un primer momento, la necesaria intervención de un tercero como requisito para el ejercicio de la preferencia.

El acuerdo con un tercero como presupuesto para poder ejercer la preferencia ha venido caracterizando la modalidad más importante de preferencia, el derecho de tanteo y retracto; así ocurría, por ejemplo, en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, con relación al traspaso de local de negocio, en la que el artículo 35 establecía en su apartado primero que «[s]in perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, se reconoce al arrendador de local de negocio el derecho de tanteo, que podrá utilizar dentro de los treinta días, a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar y *el precio que le ha sido ofrecido*»[18].

Sin embargo, la necesidad de un acuerdo previo con un tercero ya no es tan evidente en normas posteriores. El artículo 25.2 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos exige notificar «la

[17] Véase el epígrafe 6.3, en el que hacemos referencia a las consecuencias de la contratación del obligado con un tercero sin contraprestación, o a cambio de una contraprestación no dineraria.

[18] La necesidad de un acuerdo previo con un tercero todavía viene claramente establecida en el Código Civil de Cataluña, que en su artículo 568-1.1.b) define el tanteo como el derecho de adquisición que faculta a su titular «para adquirir a título oneroso un bien *en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente*»; en esta misma línea, el artículo 568-15.1 habla de la falta de notificación del *acuerdo de transmisión*.

decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión»[19]. El precepto alude, por tanto, a la «decisión de vender», y en ningún caso hace referencia, en esta fase preadquisitiva, a un hipotético acuerdo al que se habría llegado con un tercero[20]. En este sentido, eran claras las palabras de Díez Soto acerca las ventajas de la oferta previa: «la lesión de los intereses de los terceros resultaría minimizado, o incluso excluido, en la medida en que se articulara la posibilidad de alcanzar la finalidad perseguida por la preferencia adquisitiva antes incluso de la celebración del contrato con un tercero. Ello haría factible, por ejemplo, algo tan sencillo como que el propietario que deseara enajenar su derecho se dirigiera, en primer lugar, al titular del derecho de adquisición preferente, sin necesidad de correr con los costes y dificultades de una previa negociación con terceros»[21].

Conforme a esta idea, y con la finalidad de evitar el evidente perjuicio que para el tercero supone que, después de haber alcanzado un acuerdo con el obligado, la eficacia de este acuerdo quede condicionada al no ejercicio de la preferencia por el beneficiario, diversas propuestas de regulación de la materia se han manifestado, más o menos claramente, en la línea apuntada por Díez Soto:

a) La Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PAPDC) no exige de manera expresa el acuerdo con el tercero. El artículo 3111-1.2 PAPDC establece que «El derecho de tanteo y el de retracto son facultades de un mismo derecho de adquisición preferente que faculta a su titular para adquirir la propiedad u otro derecho real sobre un bien cuando su propietario o titular *decide enajenarlo* o efectivamente lo enajena, con preferencia al adquirente y en las mismas condiciones»; y el artículo 3112-2.1 PAPDC dispone que «El derecho de tanteo opera antes de que se produzca la transmisión de la propiedad o derecho real, una vez fijadas las condiciones de la transmisión proyectada

[19] Asimismo, el artículo 22.2. I de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece: «[…] el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su *propósito de enajenar* y le indicará los elementos esenciales del contrato y, a falta de precio, una estimación del que se considere justo […]». La referencia al «propósito de enajenar», y a la «falta de precio» son indicios claros de que el precepto no contempla necesariamente un acuerdo con un tercero, sino una simple intención de enajenar por parte del propietario bajo unas ciertas condiciones.

[20] Aunque parte de la doctrina sigue abonada a la idea de que el tanteo exige la intervención de un tercero; véase Rodríguez Morata, 2013, pp. 820 ss., quien afirma que «En el tanteo, el tanteante se "subroga" en el puesto del tercero con quien el dueño había celebrado el contrato de compraventa, y adquiere directamente del propietario».

[21] Díez Soto, 2000, p. 206. Veáse esta cuestión con más detalle en Bosch Capdevila, 2021, pp. 62-66.

que el propietario o titular del derecho está obligado a notificar de modo fehaciente al tanteante»[22].

b) Más claro es el Anteproyecto de ley de incorporación del contrato de arrendamiento de bienes al libro sexto del Código civil de Cataluña[23], sometido a información pública por edicto de 5 de agosto de 2022, que sí reflejó de manera diáfana que no es necesario un acuerdo con un tercero para el ejercicio de la preferencia. No se estableció la obligatoriedad de la oferta previa, pero sí era conveniente si se quería evitar la procedencia del tanteo; el artículo 623-52.2 disponía que «Tampoco procede el derecho de tanteo y retracto si la parte arrendadora acredita que, en los seis meses anteriores a la venta de la vivienda arrendada a una tercera persona, ofreció, por unas condiciones iguales o menos gravosas a las de la venta, la adquisición de la vivienda a la parte arrendataria, y ésta no aceptó la oferta»[24].

Las últimas regulaciones del pacto de preferencia en Estados europeos se abonan asimismo a esta idea; el apartado segundo del artículo 5.24 del Código civil belga establece que «La partie ne

---

[22] La Propuesta de la Asociación de Profesores es ambigua respecto a la exigencia o no de un acuerdo de transmisión con un tercero para que pueda actuar el tanteo. En la Exposición de Motivos se señala que «La posibilidad de ejercer el derecho de adquisición aun antes de perfeccionado el contrato con finalidad transmisiva, aunque fijadas ya las condiciones del negocio, previene los inconvenientes de desplazar a un tercero la adquisición, o incluso el contrato que le sirve de causa. Si el titular del derecho de adquisición no está interesado en ejercerlo en esta fase, el propietario queda libre para enajenar el bien en favor del tercero sin que éste corra el riesgo de sufrir los efectos del posterior ejercicio del derecho de retracto. De esta forma se produce la menor perturbación posible en el tráfico jurídico».

[23] Anteproyecto sometido a información pública mediante Edicto de 5 de agosto de 2022 (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 1 de septiembre de 2022), y cuya última versión es de 20 de abril de 2024 (https://justicia.gencat.cat/ca/detalls/Article/arrendamentbens#fase-d-audiencia-i-informacio-publica).

[24] La oferta previa también estaba prevista en Blandino Garrido, De Barrón Arniches (coord.), 2022, aunque no tenía carácter obligatorio. El artículo 3-7 de la Propuesta establecía que «1. Si el propietario decide enajenar el bien, *podrá* comunicar al titular del derecho el precio por el que pretende llevar a cabo la enajenación. 2. El titular de la preferencia puede aceptar la oferta en el plazo fijado por el propietario, que no puede ser inferior a treinta días a partir del siguiente en que le notifique de manera fehaciente su voluntad de transmitir el bien y el precio, con la advertencia de que, *si no acepta la oferta, el derecho de tanteo y retracto podrá quedar extinguido* si se dan los requisitos previstos en el artículo siguiente. Si no se ha fijado plazo, este será de treinta días». En el comentario a dicho precepto señalábamos que «la oferta previa del propietario al titular de la preferencia se configura no como obligatoria, sino como potestativa. La razón es que, aún configurándose como obligatoria, sería difícil discernir si la notificación que hace el propietario del precio de la enajenación responde a su mera intención de enajenar, o si ha venido motivada por la oferta previa de un tercero, o incluso por un acuerdo (condicionado) con dicho tercero. En cualquier caso, aunque la oferta no sea obligatoria, sí es conveniente para todas las partes, por lo que será habitual que se produzca, ya que puede evitar, como se ha dicho, que tenga que intervenir necesariamente un tercero para la operatividad del tanteo; y, además, porque si se rechaza la oferta, el propietario tendrá, dentro de los márgenes marcados por la oferta, libertad para negociar con terceros» (Bosch Capdevila, 2022, pp. 179-180).

peut conclure un contrat avec un tiers qu'après avoir donné au bénéficiaire la possibilité d'exercer son droit de préférence. A cette fin, *elle notifie au bénéficiaire les éléments essentiels et substantiels du contrat qu'elle entend conclure*».

3.2.2 La oferta previa en la Propuesta

La regla segunda del artículo 1261.2 de la Propuesta establece que «El obligado deberá notificar al beneficiario el contenido del contrato que pretende celebrar. Esta notificación constituirá una oferta».

A) Configuración de la oferta previa

Como dice expresamente el artículo 1261.2.2 de la Propuesta, la notificación del obligado al beneficiario se hace por medio de una oferta de contrato –sujeta por tanto a su régimen jurídico (artículos 1244 y siguientes)–, cuyo contenido no viene fijado por el acuerdo entre aquel y un tercero, sino que es el obligado quien lo fija de manera unilateral. De esta manera, como ya se ha apuntado, se evita el inconveniente que para el tercero supondría que, tras haber entablado las correspondientes negociaciones con el concedente, con la inversión de tiempo y dinero que ello supone, y después de haber conseguido alcanzar un acuerdo, resulte que este acuerdo no le aprovecharía a él sino al titular de la preferencia si este decide ejercitarla.

El hecho de que el contenido de la notificación del concedente no venga determinado por las condiciones acordadas con un tercero, no tiene por qué suponer necesariamente un perjuicio para el titular de la preferencia, dado que la Propuesta le confiere la garantía de que, si no acepta la oferta, el concedente no podrá contratar con un tercero con unas condiciones mejores que las que a él le ha ofrecido (regla tercera del art. 1261.2)[25].

En cualquier caso, la decisión de contratar por parte del obligado puede surgir no solamente por propia iniciativa, sino también tras recibir una oferta de un tercero, oferta que, si le satisface, debería trasladar al beneficiario.

Resultaría conveniente para todas las partes que la notificación de la oferta se hiciese de manera fehaciente, ya sea por vía notarial o por cualquier otro medio que permita acreditar el envío, el contenido

[25] En este sentido, ya apuntábamos (Bosch Capdevila, 2021, p. 65) que «El hecho de que el propietario del bien notifique, no las condiciones acordadas con un tercero, sino aquellas en las que pretenda la enajenación, no tiene por qué suponer un perjuicio para el tanteante a los efectos del tanteo, siempre que, si este no ejercita la preferencia, la transmisión a un tercero se lleve a cabo en las mismas condiciones que las notificadas».

y la recepción de la notificación, como por ejemplo el burofax con acuse de recibo y certificado de texto.

B) Contenido de la oferta

Conforme a la exigencia establecida en el artículo 1244.1 de que la oferta debe ser lo «suficientemente precisa», el artículo 1261.2.2.º establece que el obligado deberá notificar al beneficiario el *contenido* del contrato[26], contenido que incluirá necesariamente la causa –entendida como la función jurídica y económica del contrato[27]– y el bien objeto del contrato –elementos que ya vendrán determinados al constituir el pacto de preferencia–, y que forman parte del «acuerdo suficiente» que la Propuesta exige para la existencia del contrato (art. 1218.2). Asimismo, la oferta deberá indicar el precio; a pesar de que el artículo 1239.1 de la Propuesta establezca, con relación a los contratos en general, que «no impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan fijado el precio ni el modo para su determinación […]» siempre «que pueda entenderse implícitamente convenido el precio generalmente practicado»[28], la mención del precio debe formar parte del *contenido* mínimo de la oferta previa[29]. Además, la oferta también debe indicar el resto de las cláusulas esenciales del contrato que no puedan resultar o determinarse por la ley o los usos aplicables[30].

---

[26] Más preciso es el artículo 5.24.2 del Código civil belga: «La partie ne peut conclure un contrat avec un tiers qu'après avoir donné au bénéficiaire la possibilité d'exercer son droit de préférence. A cette fin, elle notifie au bénéficiaire *les éléments essentiels et substantiels du contrat* qu'elle entend conclure».

[27] La Propuesta prescinde del concepto de causa. Las razones alegadas, conforme establece la Exposición de Motivos, han sido el seguimiento de los orientaciones del moderno Derecho de contratos y del Derecho europeo, tomadas incluso en cuenta por el Legislador francés en su última reforma del Código civil en materia de obligaciones y contratos, y que se trata de un concepto oscuro y que no ha dejado de generar problemas, mientras que «el moderno Derecho de contratos busca, precisamente lo contrario: la claridad y simplificación del proceso de aplicación del derecho». Sin embargo, matiza la Exposición de Motivos, el hecho de que la Propuesta «haya prescindido del uso del concepto de causa no significa que dejen de tenerse en cuenta las diversas funciones que la causa ha cumplido y deba seguir cumpliendo». Respecto a la causa del contrato en el Propuesta, puede verse Morales Moreno, 2024, pp. 106-133.

[28] El artículo 1239.1 establece que «No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan fijado el precio ni el modo para su determinación, ni este resulte de la ley o de los usos aplicables, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tener por concluido el contrato y que pueda entenderse implícitamente convenido el precio generalmente practicado».

[29] Téngase en cuenta, además, que el beneficiario tiene un plazo de tiempo limitado para aceptar o no la oferta, y no se le debe obligar a pronunciarse sin conocer de manera exacta el precio de la operación.

[30] La redacción del artículo 1261 de la Propuesta abona esta opinión. Por un lado, porque la regla segunda del artículo 1261.1 habla de notificar al beneficiario no solamente el precio sino «el *contenido* del contrato que pretende celebrar», y, además, porque la regla tercera de dicho precepto dice que «Si el beneficiario no acepta la oferta, el obligado no podrá celebrar un contrato con un tercero a un precio inferior o en *condiciones* más

C) La fijación del contenido de la oferta en el propio pacto de preferencia

La Propuesta caracteriza el pacto de preferencia por dos notas principales: 1.ª) el obligado, si desea contratar, debe emitir una oferta al beneficiario; y 2.ª) si el beneficiario no acepta la oferta, el obligado no podrá celebrar un contrato con un tercero a un precio inferior o en condiciones más favorables sin realizar una nueva notificación (art. 1261.2). Teniendo presente estas características, ¿es posible que en el pacto de preferencia ya se fije el contenido de la oferta que deberá emitir el obligado para el caso en que quiera contratar? La respuesta debe ser afirmativa. No estamos ante un derecho de tanteo y retracto, en el que la oferta viene determinada por el acuerdo a que el concedente haya llegado con el tercero, sino ante un pacto de preferencia en el que, si bien se parte de la base de que los términos de la oferta los fija el propio obligado cuando pretenda contratar, nada obsta a que ya vengan preestablecidos en el pacto de preferencia, lo que en ningún caso alteraría su esencia, que radica en que el obligado es libre de emitir o no la oferta que pueda dar lugar a la conclusión del contrato.

En el caso en que ni el beneficiario ni unos eventuales terceros interesados no acepten la oferta en los términos previstos en el pacto, si el concedente desea emitir una nueva oferta en unas condiciones más favorables –por ejemplo, una rebaja en el precio–, el beneficiario seguirá conservando su preferencia; a falta de previsión explícita en el pacto, esta es la conclusión más acorde con la regulación de la preferencia en la Propuesta, uno de cuyos principios básicos es que no puede contratarse con un tercero en condiciones más favorables que las ofrecidas al beneficiario[31].

---

favorables sin realizar una nueva notificación»; por «condiciones más favorables» debe entenderse, por ejemplo, las que concedan un aplazamiento o permitan fraccionar el pago del precio. La crítica a la conclusión propuesta podría venir por el hecho de que las circunstancias del beneficiario y del tercero pueden no ser las mismas, por ejemplo, en lo relativo a su solvencia económica, lo que podría hacer aconsejable en un caso y no en otro que se concediese o no un aplazamiento o que se prestasen ciertas garantías; no obstante, téngase en cuenta que el beneficiario no es un extraño que venga impuesto por la Ley, sino que ha sido aceptado voluntariamente por el obligado al constituir el pacto de preferencia.

[31] En la Propuesta de regulación de la teoría general del contrato elaborada por Bosch, Del Pozo y Vaquer (2016, pp. 159-160) esta figura se denominaba «derecho de opción preferencial», con lo que se remarcaba su naturaleza mixta derecho de preferencia/derecho de opción. El artículo 39 de la Propuesta establecía: «1. El derecho de opción preferencial otorga a su titular una preferencia para el caso en que el concedente desee llevar a cabo el contrato para el cual se ha constituido el derecho. Su título de constitución debe fijar el precio de ejercicio de la preferencia y las demás circunstancias relevantes del contrato. 2. Si el concedente pretende llevar a cabo el contrato para el cual se ha constituido la preferencia, está obligado a notificarlo al titular de la opción preferencial. Dicha notificación produce los efectos de una oferta irrevocable, con el contenido establecido en el contrato constitutivo, que puede ser aceptada por el titular del derecho en el plazo pactado en el título de constitución y, en defecto de pacto, dentro de los dos meses a contar desde el día siguiente

4. PLAZOS

La Propuesta no contiene regla alguna con relación a los plazos, que podrían ser hasta tres: el de duración de la preferencia, el de ejercicio del derecho, y un tercer plazo dentro del cual, en caso de no ser aceptada la oferta por el beneficiario, el obligado debería contratar con un tercero para que la preferencia quedase extinguida.

4.1 **Plazo de duración de la preferencia**

La Propuesta no prevé ninguna norma respecto al plazo de duración de la preferencia, ni para fijar un plazo máximo ni tampoco para establecer uno de carácter supletorio[32]. Cabe entender, por tanto, que la Propuesta permite que tenga una vigencia indefinida[33], lo que puede encontrar su justificación en que la preferencia no obliga al concedente a contratar, sino que la única obligación que se le impone es la de conceder prioridad al beneficiario en el caso en que se decida a contratar; por tanto, por extenso que pueda ser el plazo fijado, este podría transcurrir sin que el beneficiario tuviese ni siquiera la oportunidad de ejercitar la prioridad.

La admisión de un plazo de vigencia indefinido presenta el inconveniente de que la preferencia pueda alargarse excesivamente, pasando de generación en generación, conforme a la norma general de que los contratos producen efectos entre las partes y sus herederos[34]. Por ello, considero que hubiese sido más adecuado la

---

al de la notificación. 3. La aceptación de la oferta por el titular del derecho de opción preferencial, mediante notificación que debe llegar al concedente dentro del plazo, determina la conclusión del contrato».

[32] Tampoco se establece norma alguna en los códigos francés y belga. En el Anteproyecto francés de reforma de los contratos especiales, elaborado por la Comisión presidida por el profesor PHILIPPE STOFFEL-MUNCK (julio 2022), se contiene una regulación de la preferencia en el contrato de compraventa en la que se prevé expresamente que el pacto pueda ser de duración indefinida, si bien en este caso se admite la rescisión unilateral una vez transcurrido un plazo razonable; el apartado segundo del artículo 1585 establece que «Le pacte est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Dans ce dernier cas, le pacte ne peut être résilié unilatéralement avant l'expiration d'un délai raisonnable et sous réserve d'un préavis conforme à l'article 1211».

[33] La duración indefinida se admite en el derecho de tanteo y retracto de origen voluntario en el Fuero Nuevo de Navarra y en el Código Civil de Cataluña. El apartado segundo de la Ley 462 del Fuero Nuevo de Navarra establece que «[e]stos derechos [el tanteo y retracto] pueden constituirse bien por tiempo determinado, bien por tiempo indefinido o "para perpetuo"»; y el artículo 568-13.1 del Código Civil de Cataluña permite que el derecho real de tanteo se constituya por «tiempo indefinido» para la primera transmisión.

[34] El artículo 1235 de la Propuesta establece que «[l]os contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo que el propio contrato o la ley establezcan otra cosa».

imposición tanto de un plazo máximo de duración[35], como uno de supletorio para el caso que en el pacto no se fijase plazo[36].

4.2 **Plazo para la aceptación de la oferta**

Distinto del plazo de duración de la preferencia es su plazo de ejercicio, es decir, el plazo que, una vez que el obligado decida contratar, tiene el beneficiario para aceptar la oferta que aquel le debe haber emitido. La Propuesta no fija un plazo mínimo de duración de la oferta, ni tampoco establece un plazo supletorio para el caso en que no se prevea plazo alguno.

a) El plazo de duración de la oferta puede ya venir fijado en el pacto constitutivo de la preferencia o, en su defecto, en la propia oferta; sin embargo, en este último caso, no debe ser tan reducido que impida de hecho un juicio ponderado del beneficiario sobre si le conviene o no aceptar la oferta.

b) Si no se fija plazo, ni en el pacto ni en la oferta, debe ser de aplicación el artículo 1249.3 de la Propuesta en sede de formación del contrato por oferta y aceptación, que prevé que la aceptación deberá llegar al oferente dentro del plazo «[…] *que resulte razonable* por las circunstancias de la negociación y las características de los medios de comunicación empleados por el oferente».

4.3 **Plazo del que debe disponer el obligado para contratar con un tercero en caso de que el beneficiario no acepte la oferta**

Si el beneficiario no ha aceptado la oferta –ya sea por haberla rechazado o por no aceptarla dentro del plazo establecido– no se produce necesariamente la extinción de la preferencia, sino que

[35] Así lo hace la Propuesta de la Asociación de Profesores, que limita a treinta años la duración máxima del derecho, conforme al artículo 3113-4.1 que empieza diciendo que «[e]l derecho de adquisición preferente puede constituirse por un plazo máximo de treinta años desde la fecha de su constitución».

[36] En la Propuesta coordinada por Blandino y De Barrón (2022) así se prevé en el artículo 3-3: «1. El derecho de tanteo y retracto puede tener una duración de un plazo máximo de treinta años desde la fecha de su constitución. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el plazo de duración podrá fijarse por la vida de una o dos personas determinadas existentes en el momento de constitución del derecho. Asimismo, cuando el derecho de tanteo y retracto se constituya vinculado a otro negocio jurídico, su duración puede ser la misma de este negocio jurídico. 3. El derecho puede ser objeto de prórrogas sucesivas siempre que su duración, sumada al plazo inicial, no exceda del plazo legal máximo de treinta años. 4. Si no se ha fijado plazo de duración en el título constitutivo se entiende que es de diez años a contar desde el día en que quedó constituido el derecho. Si el plazo fijado es superior al máximo legal, se reducirá en cuanto al exceso».

para dicha extinción debería requerirse, además, que el obligado contratase con un tercero– en las mismas o en condiciones más onerosas que las ofertadas– *dentro de un determinado plazo*. La oferta del concedente al beneficiario no debe considerarse de manera aislada, sino como un mecanismo de actuación de la preferencia de la que goza el beneficiario con respecto a terceros, por lo cual, si este tercero no existe, o aunque existiendo no se ha concluido el contrato en un plazo razonable, la preferencia no debería extinguirse[37].

5. ACEPTACIÓN DE LA OFERTA Y CONCLUSIÓN DEL CONTRATO

Conforme al artículo 1253 de la Propuesta, «[e]l contrato quedará perfeccionado en el momento en que surta efecto la aceptación de la oferta», efecto que se produce cuando la notificación de la aceptación llega al oferente (art. 1249.2). La Propuesta no exige que la notificación vaya acompañada del pago o de la consignación del precio, ni prevé un plazo dentro del cual se deba producir el pago, por lo que, si las partes no han pactado al respecto, sería de aplicación la regla general del apartado primero del artículo 1105 de la Propuesta, del que resulta que los efectos del contrato, y por tanto la exigibilidad de las recíprocas prestaciones, tiene lugar a partir del momento en que la aceptación llega al oferente[38].

Si la oferta no es aceptada, el obligado podrá trasladarla a terceros con las mismas condiciones o en términos más onerosos que los comunicados al beneficiario, y si se concluye el contrato con el tercero con base a tales condiciones –dentro del plazo razonable al que se ha hecho referencia en el apartado anterior– la preferencia quedará extinguida.

---

[37] El apartado segundo del artículo 623-52 del Anteproyecto de regulación del contrato de arrendamiento de bienes en el Código civil de Cataluña establece, respecto a la preferencia adquisitiva del arrendatario de vivienda habitual, un periodo de 6 meses para concluir el contrato con el tercero. Este mismo plazo es el previsto en la Propuesta coordinada por Blandino y De Barrón en el artículo 3-8.2: «La notificación del acuerdo con el tercero no procederá cuando, no habiendo aceptado el titular del derecho la oferta prevista en el artículo anterior, el acuerdo con el tercero se haga por un precio igual o superior al de la oferta, *siempre que este acuerdo se produzca dentro de los seis meses siguientes al momento en que caducó dicha oferta*. Si se dan estos requisitos, queda extinguido el derecho de tanteo y retracto».

[38] El artículo 1105 de la Propuesta establece que «La obligación que no se halle sometida a plazo de cumplimiento, ni quepa deducirlo de los usos, deberá ser cumplida sin dilación, de acuerdo con la naturaleza de la prestación».

6. INCUMPLIMIENTO DEL PACTO DE PREFERENCIA

6.1 **Causas**

El incumplimiento del pacto de preferencia se produce no porque el obligado no quiera contratar, sino porque, una vez ha decidido contratar, lo hace con un tercero sin conceder al beneficiario la oportunidad de que ejercite la preferencia conforme a lo pactado o lo dispuesto por la Ley. Este incumplimiento puede tener lugar por alguna de las siguientes causas:

1.ª El obligado contrata directamente con un tercero, sin haber realizado la oferta previa al beneficiario (art. 1261.2.2.ª PM-23).

2.ª El obligado contrata con un tercero mientras todavía estaba vigente la oferta, al no haber transcurrido el plazo fijado o un plazo razonable para que el beneficiario acepte la oferta.

3.ª Cuando el obligado, habiendo formulado la oferta al beneficiario que este no ha aceptado, contrata posteriormente con un tercero en unas condiciones más favorables que las notificadas al beneficiario (art. 1261.2.3.ª PM-23).

4.ª También podría haber incumplimiento cuando, no habiendo aceptado el beneficiario la oferta previa, el obligado contrata con el tercero transcurrido un plazo de tiempo excesivo desde la oferta[39].

5.ª Finalmente, el incumplimiento también se podrá producir, tanto si el obligado ha emitido la oferta previa al beneficiario como si no, cuando aquel contrate con un tercero a cambio de una contraprestación no fungible, o sin contraprestación[40].

6.2 **Remedios**

6.2.1 El régimen general

El pacto de preferencia es un contrato que obliga al concedente a que, si desea contratar, conceda prioridad al beneficiario emitiéndole una oferta en los términos previstos por la Ley o por el pacto. Es un contrato preparatorio de otro contrato, pero es un contrato, al fin y al cabo, por lo que puede resultar coherente que la Propuesta remita, en caso de incumplimiento, al régimen general del incumplimiento del contrato; así lo hace el artículo 1263, que establece que «Si el obligado, en virtud de un pacto de preferencia o de un

[39] Véase el epígrafe 4.3.
[40] Véase el epígrafe 6.3.

contrato de opción, incumple su obligación con el beneficiario, este podrá ejercitar los remedios del incumplimiento del contrato».

Tales remedios vienen establecidos en el apartado primero del artículo 1173, conforme al cual: «En caso de incumplimiento del contrato, podrá el contratante insatisfecho ejercitar los siguientes remedios: 1.º Exigir el cumplimiento de la obligación. 2.º Reducir el precio. 3.º Suspender el cumplimiento de su obligación. 4.º Resolver el contrato. 5.º Exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le hubiera producido». De estos cinco remedios, dos de ellos difícilmente resultan aplicables al incumplimiento del pacto de preferencia. En primer lugar, la reducción del precio, dado que, si efectivamente se ha abonado una contraprestación para constituir la preferencia, lo que procedería sería no una simple reducción sino su completa devolución al tratarse de un incumplimiento total, para lo cual el beneficiario ejercitaría la acción de resolución del contrato. Y tampoco procede la «suspensión del cumplimiento de la obligación» del beneficiario, porque no es él quien asume obligaciones en virtud del pacto de preferencia. En cuanto al remedio consistente en la resolución del contrato, podría tener utilidad cuando el beneficiario, por la razón que fuera, no vea factible o ya no le convenga pedir el cumplimiento en forma específica y quiera reclamar la devolución de la contraprestación satisfecha al constituir la preferencia. Mayor aplicación tendrá otro de los remedios, la indemnización por los daños causados, que es compatible y acumulable con los restantes (art. 1173.2).

El remedio que mejor satisface el interés del beneficiario es «exigir el cumplimiento de la obligación», es decir, exigir el cumplimiento en forma específica del pacto. En tanto que las causas de incumplimiento del obligado tienen en común la conclusión de un contrato con un tercero, el «cumplimiento de la obligación» implicaría la resolución de dicho contrato con el tercero y la subsiguiente emisión de una oferta al beneficiario[41]. Sin embargo, en línea de principio, este cumplimiento en forma específica tropieza con dos inconvenientes: a) la oponibilidad del pacto de preferencia a terceros, y b) la posible resistencia del obligado a emitir prestar su consentimiento para emitir la oferta al beneficiario.

a) La oponibilidad del pacto al tercero que ha contratado con el obligado solamente es posible si el tercero es de mala fe, entendida esta como el conocimiento por el tercero de la preferencia del

[41] Oferta que lo razonable sería que reprodujese las condiciones acordadas con dicho tercero, condiciones que en ningún caso deberían ser más onerosas que aquellas.

beneficiario[42]. Tal conocimiento no derivará de la publicidad legal del pacto, dado su origen voluntario –a diferencia, por ejemplo, de la preferencia atribuida a comuneros y colindantes por los artículos 1522 y 1523 CC, respectivamente–, ni tampoco de su inscripción registral, ya que, debido a su naturaleza personal, el pacto no tiene acceso al Registro de la Propiedad[43]. La manera más efectiva para que el pacto sea oponible a terceros es que el obligado lo advierta cuando concluyan el contrato.

b) La segunda dificultad radica en que el obligado, una vez resuelto el contrato con el tercero, debería trasladar una oferta al beneficiario[44]. Ante una eventual resistencia del obligado a emitir dicha oferta, resulta muy dudoso que pueda ser de aplicación el artículo 708 LEC que permite que, por medio de una resolución judicial o arbitral firme, se condene a emitir una declaración de voluntad[45].

Pero es que, además, y como se verá en el siguiente epígrafe, si resulta que el tercero es de mala fe, la Propuesta ya establece un remedio que permite el cumplimiento en forma específica del pacto de preferencia y que puede satisfacer plenamente el interés del beneficiario: la sustitución del beneficiario en el lugar del tercero en el contrato por este celebrado (art. 1263.2). Todo esto nos muestra que la remisión al régimen general del incumplimiento del contrato solo es realmente operativa cuando el beneficiario se conforma con exigir la indemnización por los daños y perjuicios causados.

6.2.2 Remedios específicos para cuando el tercero «haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia»

El apartado segundo del artículo 1263 de la Propuesta establece que «El beneficiario también podrá reclamar contra el tercero que

---

[42] Sin embargo, en el epígrafe siguiente planteamos si es suficiente dicho conocimiento o si hace falta algún requisito más en el tercero.

[43] A diferencia del derecho real de tanteo y retracto; véase el artículo 568-2.1 del Código civil de Cataluña, que establece que «[l]os derechos reales de adquisición se constituyen en escritura pública y, si recaen sobre bienes inmuebles, deben inscribirse en el Registro de la Propiedad».

[44] Lo más razonable sería que los términos de dicha oferta viniesen determinados por el contenido del contrato concluido con el tercero, dado que, si son más onerosos para el beneficiario y este no acepta la oferta, sería preciso un nuevo acuerdo con el tercero en estas condiciones.

[45] Como se verá en el epígrafe III.5.2 con relación a la promesa de contratar, el artículo 708 LEC permite que, ante el incumplimiento de una obligación de hacer consistente en la emisión de una declaración de voluntad, el Tribunal condene a emitir dicha declaración y, si pasados veinte días no se ha emitido, podrá resolver tener por emitida dicha declaración. Pero hay que tener en cuenta que, a diferencia de la promesa de contratar, el pacto de preferencia no obliga a contratar y, en cualquier caso, el contenido del futuro contrato, no se encuentra predeterminado.

haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia o del contrato de opción, una indemnización por los daños sufridos, la ineficacia del contrato o su sustitución en el lugar del tercero en el contrato celebrado por este» [46]. La Propuesta establece, por tanto, un régimen de remedios más eficaz cuando el tercero «haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia», remedios que, en algunos casos, permiten superar los inconvenientes que plantea la remisión que hace el apartado primero del artículo 1263 al régimen general del artículo 1173.

A) El alcance de la «colaboración a sabiendas en el incumplimiento»

Para que se puedan aplicar los remedios del artículo 1263.2 se exige que el tercero «haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia». Si el obligado no ha emitido la oferta previa al beneficiario, sino que contrata directamente con el tercero, este siempre estará colaborando, consciente o inconscientemente, en el incumplimiento del pacto de preferencia. De ahí que el artículo 1263.2 exija la colaboración «a sabiendas» en tal incumplimiento, expresión novedosa y de difícil entendimiento, respecto a la cual pueden ofrecerse, como mínimo, dos interpretaciones.

1.ª) La primera interpretación, posiblemente la más razonable, equipararía el conocimiento «a sabiendas del incumplimiento» del pacto de preferencia con el conocimiento de dicho pacto por el tercero. Si este tercero es conocedor de la existencia –y la vigencia– de la preferencia, debe ser consciente de que, si contrata con el obligado, provoca que se incumpla el pacto de preferencia. Esta interpretación, que se corresponde, además, con el principio general de protección de la buena fe, tiene sin embargo el inconveniente de que, si así fuese, bastaría simplemente con que el Legislador lo hubiese dicho explícitamente, como hace el artículo 1124 del Código civil francés con relación a la promesa unilateral cuando establece que es nulo el contrato celebrado en violación de la promesa unilateral con un tercero *que conocía su existencia*[47].

[46] El precepto tiene su precedente en el apartado segundo del artículo 1123 del Código civil francés, que prevé que cuando el tercero conocía la existencia del pacto y la intención del beneficiario de invocarlo, éste también podía solicitar la nulidad del contrato o *pedir al juez que sustituya al tercero en el contrato celebrado*: «Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu».

[47] El apartado tercero del artículo 1124 establece que «Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui *en connaissait l'existence* est nul».

2.ª) Si se considera que la colaboración *a sabiendas* en el incumplimiento del pacto de preferencia implica algo más que el mero conocimiento por el tercero de la preferencia, la cuestión es precisamente determinar qué más es lo que se exige. La respuesta la podríamos encontrar en el artículo 1123 del Código civil francés, que en su apartado segundo requiere, para que se pueda anular el contrato con el tercero, no solamente el conocimiento de la preferencia, sino también la *intención del beneficiario de invocarla*[48]; por tanto, del precepto resulta, *a sensu contrario*, que si el tercero, a pesar de saber la existencia de la preferencia, no conoce la voluntad del beneficiario de ejercitarla, no podrá ver anulado el contrato concluido.

El régimen del código civil francés ¿es trasladable a la Propuesta? Ya hemos señalado anteriormente la influencia del artículo 1123 del *Code* en el artículo 1263 de la Propuesta. Sin embargo, en el derecho francés los apartados 3 y 4 del artículo 1123 prevén un mecanismo específico para averiguar si existe o no la intención del beneficiario de invocar la preferencia, la denominada acción de interrogación, en virtud de la cual el tercero podrá solicitar por escrito al beneficiario que confirme, en un plazo que él mismo fije y que deberá ser razonable, la existencia de un acuerdo de preferencia y si tiene intención de aprovecharlo[49]. En cambio, la Propuesta no contempla este mecanismo, que por otra parte sería difícilmente aplicable, dado que, aun suponiendo que el beneficiario estuviese predispuesto a colaborar respondiendo a la interrogación, su decisión de contratar o no vendría determinada por el contenido de la oferta que le hiciese el promitente, oferta que todavía no se habría producido; solamente en el caso en que el beneficiario tuviese clara

[48] Artículo 1123: «2. Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte *et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir*, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu».

[49] Artículo 1123: «3. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence *et s'il entend s'en prévaloir*. 4. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat». El precepto deja claras dos cuestiones. La primera es que, si el tercero no tiene conocimiento de la preferencia, no puede tener conocimiento de la intención del beneficiario de invocar el pacto, y por tanto no puede colaborar «a sabiendas» en el incumplimiento. La segunda es que, si conociendo la preferencia, interroga o interpela al beneficiario y este le contesta que sí tiene intención de ejercer la preferencia, en el caso de que el tercero contrate con el obligado habrá mala fe cualificada por su parte, y por tanto su contrato podrá ser atacado. El caso más dudoso es cuando, conociendo la preferencia, el tercero contrata sin interpelar al beneficiario; al estar prevista por ley la interrogación, el no ejercicio de esta por el tercero deberá provocar que asuma las consecuencias. Véase Chantepie y Latina, 2016, pp. 208-209, Thiberge, 2016, pp. 68-69; Dissaux y Jamin, 2017, pp. 28-29.

su decisión de no ejercitar en ningún caso su preferencia, y así lo manifestase al tercero, podría este contratar sin incumplir *a sabiendas* el pacto de preferencia cuya existencia conoce. En consecuencia, y de acuerdo con la primera de las dos interpretaciones, debe concluirse que, conforme al régimen de la Propuesta, el conocimiento de la preferencia por el tercero con quien el obligado contrata, le conste o no la intención del beneficiario de ejercitarla, posibilitará la aplicación de los remedios previstos en el apartado segundo del artículo 1263 de la Propuesta para el caso de incumplimiento del pacto de preferencia. En cualquier caso, si dicho tercero conoce la preferencia, difícilmente se avendrá a contratar, ante la posibilidad de ver resuelto el contrato y tener que indemnizar los daños causados al beneficiario.

B) Los remedios

El artículo 1263.2 de la Propuesta contempla tres remedios que el beneficiario podrá ejercer frente al tercero «que haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia»: su «sustitución» en el lugar del tercero, la resolución del contrato, y la indemnización de daños.

a) En cuanto a la sustitución del beneficiario en el lugar del tercero, la Propuesta, al igual que el Código civil francés, utiliza el término «sustitución» –y no el de «subrogación», que es el que emplea el Código civil español con relación al retracto legal (art. 1521)[50], y el Código civil de Cataluña respecto al retracto convencional (art. 568-1.1.c)–. La terminología de la Propuesta es la correcta. El término «subrogación» alude a una posición jurídica, la de acreedor (por ejemplo, la subrogación del tercero *en el crédito*, artículo 1134.1 PM-23[51], o en los arts. 1209 a 1212 CC). En cambio, la sustitución hace referencia a la posición de parte contractual, tanto activa como pasiva («sustitución *en el lugar* del tercero»), de manera que, tratándose por ejemplo de un pacto de preferencia para comprar un bien, el beneficiario podría «sustituir» al comprador en sus derechos y obligaciones[52]. Por tanto, estamos ante una cesión *ex lege* del

[50] Respecto a la impropiedad del término «subrogación» con relación al retracto, véase Bosch Capdevila, 2021, pp. 88-91.

[51] Establece dicho precepto que «El tercero que haya pagado la deuda quedará subrogado en el crédito, con sus garantías y privilegios, cuando en el momento del pago lo convenga así con el acreedor».

[52] Ahora bien, la Ley 514 del Fuero Nuevo de Navarra, que regula el contrato para persona que se designará, utiliza el término «subrogación» para referirse a lo que es una cesión de parte contractual. La Ley 514, que lleva por título «Contrato con facultad de subrogación», empieza diciendo que «Puede concertarse un contrato con facultad, para cualquiera de las partes, de designar posteriormente la persona que deba subrogarse en sus derechos y obligaciones, en cuyo caso deberá expresarse de forma pormenorizada, clara y comprensible las consecuencias jurídicas y económicas que conlleva»; véase el comentario

contrato, en la que el consentimiento del obligado, necesario en principio para la eficacia de la cesión conforme al artículo 1211 de la Propuesta[53], queda excepcionado por la disposición del artículo 1263.2. Y, como se ha apuntado anteriormente, con este remedio se logra el cumplimiento en forma específica de la preferencia, en tanto que permite al beneficiario la conclusión del contrato con el obligado en los términos acordados con el tercero (de mala fe, en el sentido que es conocedor de la preferencia).

b) La «ineficacia del contrato» entre obligado y tercero es el segundo de los remedios previstos en el apartado segundo del artículo 1262 de la Propuesta, remedio que no supone más que una aplicación del principio general de oponibilidad, en este caso de la preferencia, a los terceros de mala fe. En un principio, al beneficiario le conviene utilizar el remedio de la «sustitución» antes que el de la ineficacia, que implicaría tener que concluir un nuevo contrato con el obligado, a lo que este podría resistirse. Ahora bien, cuando la preferencia recaiga sobre un contrato traslativo del dominio y se hubiese producido ya la transmisión de la propiedad, la sustitución en el lugar del tercero en el contrato concluido entre este y el obligado, en tanto que recae en una posición meramente obligacional, no permite por sí sola satisfacer el interés del beneficiario, dado que el obligado ya no tiene el bien en su poder, sino que ha pasado a propiedad del tercero. En este caso sí es necesario ejercitar la acción para decretar la ineficacia del contrato.

c) El último remedio que prevé el apartado segundo del artículo 1263 es la reclamación al tercero de «una indemnización por los daños sufridos», indemnización que, como se ha señalado[54], también podía ser reclamada al obligado conforme al régimen general de remedios, de manera que lo que este precepto aporta es que el beneficiario podrá elegir a quien pedir la indemnización.

6.3 **Contratación con un tercero sin contraprestación, o a cambio de una contraprestación no dineraria**

Si el obligado contrata con un tercero sin permitir al beneficiario el ejercicio de la preferencia conforme a lo pactado o lo

a dicha norma por SABATER BAYLE, 2020, pp. 2183-2186, que señala (p. 2186) que «No se trata aquí de la *subrogación legal* que tiene lugar en determinados casos establecidos en la Ley (singularmente, el del pago por tercero a que hace referencia la L. 497 FN), pero sí del fenómeno subrogatorio, por el cual, de no pactarse otra cosa, el tercero asume la posición del estipulante con sus créditos y deudas, así como las prestaciones accesorias».

[53] Precepto que establece que «Para que sea eficaz la cesión a tercero de la posición contractual nacida de una relación obligatoria con prestaciones recíprocas, será necesario el consentimiento de la otra parte, salvo que la ley o el contrato establezcan otra cosa».

[54] Véase el epígrafe 6.2.1.

dispuesto por la Ley, la Propuesta prevé unos remedios que, como se ha señalado, van desde la resolución del contrato con el tercero a la indemnización de daños o la sustitución del obligado en este contrato. Tales remedios parten del presupuesto de que la contraprestación ofrecida por el tercero es dineraria. Ahora bien, la decisión de contratar por parte del obligado puede derivar también del hecho de que reciba una oferta de un tercero en la que se fije una contraprestación no fungible; por ejemplo, cuando habiéndose pactado una preferencia para adquirir un solar, un promotor ofrece al obligado la permuta del solar a cambio de dos de los pisos que allí proyecta construir. Asimismo, podría ocurrir que el obligado, a pesar de haber concedido una preferencia adquisitiva, quisiera transmitir el bien sin recibir ninguna contraprestación, o a cambio de un precio reducido por su ánimo de liberalidad (contrato mixto compraventa-donación). En estos casos se plantea la cuestión de si la preferencia queda extinguida, sin indemnización o con ella, o por el contrario el beneficiario puede, de alguna manera, ejercitar la preferencia.

La Propuesta no contempla estas situaciones, por lo que habrá que atender, en primer lugar, al propio pacto de preferencia para resolver la cuestión, de manera que en este se podría prever tanto la subsistencia como la extinción de la preferencia. En concreto, el pacto podría:

a) Establecer que el beneficiario podrá ejercitar la preferencia mediante el abono al obligado del precio de mercado del bien no fungible que un tercero ha ofrecido como contraprestación, o el valor del bien sobre el que recae la preferencia y del que se ha dispuesto a título gratuito[55].

[55] En la *Propuesta de regulación de la Teoría General del Contrato* de Bosch, Del Pozo y Vaquer, y con relación al derecho de tanteo y retracto, se prevé esta posibilidad con carácter general, y se propone un mecanismo objetivo para la fijación del valor del bien; establece el artículo 37.2 de dicha Propuesta que «El derecho de tanteo también puede otorgar a su titular una preferencia en los contratos gratuitos, y en los contratos onerosos en los que el titular del derecho no pueda dar o no pueda hacer la contraprestación a que se haya comprometido el tercero, *siempre que así se haya previsto en el título constitutivo* y *en éste se establezca la forma de determinar el valor del bien*». En términos semejantes, el artículo 3-6.2 de la *Propuesta de regulación de los derechos de adquisición*, coordinada por Blandino y De Barrón, prevé que «*Si así se ha establecido en el título constitutivo*, el derecho de tanteo y retracto se podrá ejercer en las enajenaciones inter vivos a título gratuito y en las efectuadas a título oneroso mediando una contraprestación no dineraria. En estos supuestos, a falta de previsión expresa en el título constitutivo, el precio a satisfacer será el declarado por el enajenante al hacerle la notificación correspondiente, valor que deberá corresponder con el de mercado del bien en dicho momento». Exclusivamente para cuando el bien sobre el que recae la preferencia se transmita a título gratuito, el Código Civil de Cataluña también regula un supuesto en el que se prevé que se pueda ejercer la preferencia; en concreto, para la preferencia de origen legal concedida al nudo propietario cuando el usufructuario desea transmitir a título gratuito el derecho de usufructo, si bien la contraprestación que debe abonar el nudo propietario no

b) La subrogación del tercero en la posición del concedente del pacto, de manera que la preferencia podría hacerse efectiva cuando dicho tercero pretendiese transmitir el bien, y siempre que la conociera, para lo cual debería ser advertido por el concedente[56].

Si el pacto no ha previsto ninguna de las dos alternativas que se acaban de mencionar, la preferencia debería extinguirse, caso en el que se plantea la cuestión de si tal extinción supone un incumplimiento por parte del obligado, al que serían de aplicación los remedios antes reseñados, o simplemente se trata de una imposibilidad de ejercicio de la preferencia por la que no se puede exigir responsabilidad al obligado. Si el tenor del pacto no ofrece ninguna aclaración al respecto –por ejemplo, estableciendo de manera clara que la preferencia adquisitiva se concede, exclusivamente, si el obligado decide contratar a título oneroso y a cambio de una contraprestación dineraria–, considero que la preferencia se extingue sin responsabilidad del obligado y, por tanto, sin indemnización para el beneficiario. Cierto es que la regla primera del apartado segundo del artículo 1261 establece que «[e]l obligado sólo puede celebrar un contrato con un tercero tras haber dado al beneficiario la oportunidad de ejercitar su derecho preferente», y si la oferta que el obligado traslada al tercero prevé una contraprestación no fungible, o no hay contraprestación, el beneficiario no tiene realmente la oportunidad de ejercitar la preferencia. No obstante, entiendo que el pacto de preferencia lo que concede es una prioridad del beneficiario con respecto a terceros, pero de la misma manera que no obliga al concedente a contratar, tampoco le debe limitar su facultad dis-

se fija con referencia al precio de mercado, sino respecto al valor que fije el transmitente. Establece el artículo 561-10.1 que «Los usufructuarios que se proponen transmitir su derecho, en el caso que regula el artículo 561-9.2, deben notificarlo fehacientemente a los nudos propietarios, indicando el nombre de los adquirentes, el precio convenido, en caso de transmisión onerosa, *o el valor que se da al derecho, en caso de transmisión gratuita*, y las demás circunstancias relevantes de la enajenación» (véase Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila, 2023, pp. 400-401; también Giménez Costa y Villó Travé, «Derechos de adquisición preferente en el dominio compartido», 2021, pp. 482-485).

[56] En este sentido, el artículo 3.4 de la Propuesta de regulación de los derechos de adquisición, coordinado por Blandino, De Barrón, establece que «1. El derecho de tanteo y retracto no procede en las segundas o ulteriores transmisiones, salvo en los casos siguientes: a) Si la primera transmisión se ha producido por causa de muerte. b) *Si el objeto se ha enajenado a título gratuito o a cambio de una contraprestación no fungible*, salvo lo dispuesto en el artículo 3.6.2. c) Si en el título constitutivo se ha establecido expresamente. 2. En los casos previstos en el apartado anterior, el adquirente quedará gravado con el derecho por el tiempo que reste de duración, salvo que se haya fijado un plazo inferior» (véase el comentario a dicho precepto de Bosch Capdevila, 2022, pp. 167-170). El Código civil de Cataluña, para el derecho de tanteo y retracto, también prevé que pueda quedar gravado el adquirente, pero exige que así lo establezca el pacto; el artículo 568-14.1 dispone que «Los derechos de tanteo, en defecto de pacto, solo pueden ejercerse respecto a la primera transmisión onerosa».

positiva, como ocurriría si se le impidiese –sin incumplir– disponer a título gratuito o a cambio de una contraprestación no dineraria[57].

7. CONCLUSIONES

1.ª El pacto de preferencia concede una prioridad al beneficiario con respecto a terceros para el caso en que el obligado quiera concluir el contrato, sea o no traslativo del dominio, para el que se ha constituido la preferencia.

2.ª El obligado no tiene limitadas sus facultades sobre el bien objeto de la preferencia mientras no emita la oferta al beneficiario, sino que lo puede gravar y no está obligado a su conservación material.

3.ª Si el obligado decide concluir el contrato para el cual ha concedido la preferencia, debe emitir una oferta al beneficiario en la que indique el precio y las demás condiciones esenciales del contrato.

4.ª Si el beneficiario no acepta la oferta, el obligado es libre para contratar con un tercero, dentro de un plazo razonable, por un precio y en condiciones iguales o más onerosas a las notificadas.

5.ª El beneficiario puede ejercitar los remedios generales del incumplimiento del contrato si el concedente del pacto incumple su obligación.

6.ª El remedio que mejor satisface el interés del beneficiario es el cumplimiento en forma específica del pacto, aunque presenta inconvenientes, como su limitada oponibilidad a terceros en función de su buena o mala fe, y la posible resistencia del obligado a prestar su consentimiento para emitir la oferta el beneficiario.

7.ª Cuando un tercero «haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia», la Propuesta permite al beneficiario reclamarle una indemnización por los daños sufridos, exigir la ineficacia del contrato, o sustituirle en el contrato concluido.

8.ª Con la sustitución del beneficiario en el lugar del tercero (de mala fe, en el sentido que es conocedor de la preferencia) se logra el cumplimiento en forma específica de la preferencia, en tanto que permite al beneficiario la conclusión del contrato con el obligado en los términos acordados con el tercero.

9.ª Un tercero colabora «a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia» cuando conoce la preferencia, tanto si le consta como si no la intención del beneficiario de ejercitarla.

---

[57] Si lo que pretende el obligado es defraudar el derecho del beneficiario, existen otras vías para reaccionar contra dicho fraude.

10.ª Si el obligado contrata con un tercero a cambio de una contraprestación no fungible o sin contraprestación, el pacto puede prever tanto la subsistencia como la extinción de la preferencia, y sus consecuencias. Si el pacto no ha establecido nada al respecto, la preferencia se extingue sin responsabilidad del obligado y, por tanto, sin indemnización para el beneficiario.

III. LAS PROMESAS DE CONTRATO: EL PRECONTRATO Y LA OPCIÓN

1. CARACTERIZACIÓN

Los artículos 1262 a 1264 de la Propuesta regulan la promesa de contrato, que puede ser unilateral o mutua; a la primera se la denomina contrato de opción (art. 1262), y a la segunda precontrato (art. 1264). La Propuesta no sigue el esquema mantenido por cierta doctrina y jurisprudencia que configura la opción como una modalidad de precontrato en la que su cumplimiento solo puede ser exigido por una de las partes[58], sino que adopta el «clásico» concepto de «promesa» utilizado por el Código civil.

1.1 El precontrato y la opción como promesas de contratar con un contenido «suficientemente determinado»

El artículo 1262 de la Propuesta define el contrato de opción en los siguientes términos: «El beneficiario de un contrato de opción o de una promesa unilateral de contrato tiene derecho a decidir la celebración del contrato siempre que su contenido esté suficientemente determinado». En cuando al precontrato, el artículo 1264 –que precisamente lleva por título «precontrato»– lo caracteriza diciendo que «[l]a promesa mutua de celebrar un contrato permite exigir su cumplimiento en los términos acordados, siempre que su contenido llegue a estar suficientemente determinado». Las analogías entre precontrato y opción son, por tanto, evidentes, como también lo es la distinción de ambas con el pacto de preferencia. Tanto la opción como el precontrato se califican como «promesas de contratar», de manera que, a diferencia del pacto de preferencia,

[58] Por ejemplo, la STS 1325/2006, de 14 de diciembre (ponente: Xavier O´Callaghan Muñoz, Roj: STS 7566/2006, ECLI: ES: TS:2006:7566, RJ 2006, 8235) distingue entre un precontrato unilateral y el bilateral. También lo hacen así algunos códigos civiles; véase la nota 60.

sí existe una obligación de contratar (para una de las partes o para las dos, respectivamente); además, el contenido del futuro contrato está en ambos casos «suficientemente determinado», mientras que en el pacto de preferencia tal contenido no se encuentra previamente establecido, sino que vendrá fijado por la oferta del obligado si este se decide a contratar[59].

La diferencia entre el precontrato y la opción también es meridiana: en el primero ambas partes están obligadas a contratar, de manera que cualquiera de ellas puede exigir a la otra que cumpla con su obligación; en cambio, en el contrato de opción la facultad de exigir el cumplimiento la tiene solamente una de las partes, el optante. Es conforme a esta configuración que la Propuesta califica el precontrato como la «promesa *mutua* de celebrar un contrato» (art. 1264.1), y a la opción como «promesa *unilateral* de contrato» (art. 1262)[60].

La obligación de contratar inherente a la promesa implica que la parte o las partes obligadas no deben realizar ninguna acción que pueda poner en peligro la conclusión del contrato definitivo; tratándose, por ejemplo, de una opción de compra, el concedente no solamente debe abstenerse de transmitir el bien a un tercero, sino que debe conservarlo con la diligencia debida, respondiendo de su deterioro o falta de conformidad, y siendo a su cargo los gastos de conservación. Asimismo, su naturaleza personal determina que no se pueda ceder la posición de parte contractual sin la autorización de la otra parte contratante, autorización que podrá concederse en el mismo contrato preparatorio[61].

---

[59] La promesa de contrato se distingue asimismo del acuerdo de intenciones, que obliga a las partes a *negociar* un futuro contrato *cuyo contenido está todavía sin determinar* (art. 1260).

[60] Este esquema es seguido también por diversos Códigos civiles. El Código civil de Perú, en el artículo 1414, establece que «[p]or el compromiso de contratar, *las partes* se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo», y en el art*ículo* 1419, con relación al contrato de opción, dice que «[p]or el contrato de opción, *una de las partes queda vinculada* a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no»; el artículo 2244 del Código civil Federal de México dice que «[l]a promesa de contratar, o sea el contrato preliminar de otro, *puede ser unilateral o bilateral*»; también el Código Civil portugués, que en los artículos 410 a 413 regula el *contrato-promesa* y prevé que pueda ser unilateral o bilateral (art. 410.2: «Porém, a promessa respeitante à celebração de contrato para o qual a lei exija documento, quer autêntico, quer particular, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa *seja unilateral ou bilateral*»). Quizás el código más claro al respecto es el de Guatemala, que en sus artículos 1674 a 1685 regula «[l]a promesa y la opción», y establece en el artículo 1675 que «[l]a promesa de contrato puede ser unilateral o bilateral». Asimismo, el anteproyecto francés de reforma de los contratos especiales (*Avant–projet de réforme du droit des contrats spéciaux; Commission présidée par le professeur Philippe* STOFFEL-MUNCK, *juillet 2022*) distingue entre la *promesse synallagmatique de vente* (art. 1587) y la *promesse unilatérale de vente* (art. 1588).

[61] Así resulta, por aplicación de la teoría general, del artículo 1211 de la Propuesta.

1.2 **Contrato de opción, promesa unilateral de prestación y oferta de contrato**

Si la vinculación unilateral caracteriza el contrato de opción, conviene distinguirlo de la promesa unilateral de prestación y de la oferta de contrato, en las que también solamente una de las partes de la relación se encuentra obligada. Con relación a la promesa unilateral, la diferencia es clara, ya que no obliga al promitente a contratar, sino a llevar a cabo una determinada prestación[62]. La similitud es más evidente, cuando menos con relación a sus efectos, entre el contrato de opción y la oferta de contrato: la vinculación unilateral del obligado y del ofertante, el poder de decisión del beneficiario y del destinatario, la fijación del contenido del futuro contrato[63], y la posibilidad de su celebración si el beneficiario lo decide, aproximan notablemente ambas figuras. Sin embargo, también existen importantes diferencias entre una y otra:

1.ª) La oferta no es un contrato, sino un acto jurídico unilateral del ofertante.

2.ª) La oferta es, por regla general, revocable, por lo que la analogía entre oferta y opción debería establecerse, en su caso, con la oferta irrevocable[64].

3.ª) En la oferta el contenido esencial del contrato viene fijado por los términos propuestos por el ofertante, mientras que el contenido del contrato de opción resulta, por lo general, de las negociaciones de las partes.

4.ª) Cuando se emite una oferta, la conclusión del contrato se produce por la concurrencia de dos actos jurídicos unilaterales (oferta y aceptación), mientras que en la opción, según el régimen de la Propuesta, la unilateralidad se limita al ejercicio de la opción, pero no a la conclusión del contrato, que requiere el concurso de voluntades.

---

62 La «promesa unilateral de una prestación», conforme al artículo 1091.2 de la Propuesta, «solo obliga en los casos previstos por la ley», en concreto, cuando se trata de una promesa pública (art. 1092), o del concurso con premio (art. 1093).

63 El artículo 1244.1 de la Propuesta empieza diciendo que «La propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta siempre que *sea suficientemente precisa* […]».

64 El artículo 1246 establece que «[l]a oferta será irrevocable: 1.º Cuando el oferente le hubiere atribuido este carácter. 2.º Cuando en la oferta se haya fijado un plazo para la aceptación, a menos que el oferente se haya reservado expresamente la facultad de revocarla. 3.º Cuando el destinatario de la oferta hubiera podido confiar, por las declaraciones o el comportamiento del oferente, en su carácter irrevocable y hubiera actuado conforme a esa confianza».

5.ª) La aceptación de la oferta con modificaciones podrá dar lugar, en algunos casos, a la conclusión del contrato[65], mientras que el ejercicio de la opción no permite ninguna modificación del contenido del contrato.

6.ª) El plazo para la aceptación de la oferta acostumbra a ser mucho más breve que el concedido para el ejercicio de la opción, para el cual la Propuesta no establece límite alguno[66].

2. FINALIDAD

La utilidad del contrato de opción es evidente: confiere a una de las partes la facultad de decidir, según sus intereses, si concluye o no un contrato. Por ello, la opción no se acostumbra a conceder si no es a cambio de una contraprestación[67].

En cambio, en el precontrato o promesa mutua de contratar la razón de ser ya no es tan clara. Si ambas partes están obligadas a contratar cuando así lo decida la contraparte, ¿qué sentido tiene no concluir ya el contrato definitivo? Es obvio que las dos partes pretenden que el contrato se concluya, dado que se conceden recíprocamente la facultad de compelerse recíprocamente a celebrarlo. La utilidad del precontrato puede estar en la voluntad de las partes de quedar ya vinculadas a un determinado contenido contractual, unida a la imposibilidad de concluir en este momento el contrato definitivo –ya sea por la exigencia de una determinada forma o formalidad, por la necesidad de aportar alguna documentación (por ejemplo, una certificación o autorización administrativa), o por una prohibición legal o convencional, entre otras[68]–.

---

[65] El artículo 1250 de la Propuesta dispone que «[l]a respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la respuesta que contenga modificaciones que no alteren sustancialmente los términos de la oferta constituirá aceptación, salvo que el oferente hubiera exigido expresamente una aceptación sin modificaciones o manifieste su disconformidad sin demora injustificada».

[66] Con relación a la oferta, el apartado tercero del artículo 1249 establece que «[l]a aceptación no surtirá efecto cuando no llegue dentro del plazo fijado en la oferta, o si no se hubiese fijado plazo, dentro del que resulte razonable por las circunstancias de la negociación y las características de los medios de comunicación empleados por el oferente».

[67] La existencia de contraprestación se prevé explícitamente en el artículo 1590 del anteproyecto francés de reforma de los contratos especiales: «Une somme peut être convenue dans la promesse unilatérale de vente, en contrepartie de l'exclusivité consentie au bénéficiaire».

[68] Véase el epígrafe 4.3.3.

3. FORMA DE LA PROMESA Y CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN CONSTAR EN ELLA

3.1 **Forma**

La forma del contrato de promesa viene determinada por la posición que se adopte respecto a su identificación o no con el contrato definitivo[69]. En el primer caso, la promesa debería observar la forma exigida para el contrato prometido. Pero si se considera que el contrato resultante es un nuevo contrato[70], la opción y el precontrato se sujetan al principio general de libertad de forma del artículo 1227 de la Propuesta, dada la ausencia de una norma específica al respecto[71].

3.2 **Circunstancias que deben constar en el contrato de promesa**

En el contrato de promesa, en tanto que contrato preparatorio de otro contrato, deben constar dos tipos de circunstancias: las inherentes al propio contrato preparatorio, y las que identifican el contrato definitivo.

3.2.1 Circunstancias relativas al contrato definitivo

En la promesa debe estar «suficientemente determinado» el contenido del contrato definitivo[72]. Dentro de este contenido es

---

[69] Cuestión que se analizará en el epígrafe 4.

[70] Así es como entendemos que se deduce de la regulación de la Propuesta; véase el epígrafe 4.4.

[71] El Código civil portugués contiene una norma específica sobre la forma de la promesa. Si bien parte del principio de libertad de forma, exige en aquellos contratos para los cuales la ley requiere un documento, auténtico o privado, que la promesa conste en un documento firmado por la parte o partes obligadas. Establece el artículo 410 que «1– À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, *exceptuadas as relativas à forma* e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa. 2– Porém, a promessa respeitante à celebração de contrato para o qual a lei exija documento, quer autêntico, quer particular, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral. 3– No caso de promessa respeitante à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, já construído, em construção ou a construir, o documento referido no número anterior deve conter o reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes e a certificação, pela entidade que realiza aquele reconhecimento, da existência da respectiva licença de utilização ou de construção; contudo, o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão destes requisitos quando a mesma tenha sido culposamente causada pela outra parte».

[72] Utilizamos la expresión del apartado segundo del artículo 1218 de la Propuesta, que establece que «[h]ay contrato si las partes tienen intención de vincularse y han alcanzado un acuerdo suficiente que permita su ejecución […]».

esencial la identificación del bien sobre el que se contrata, y el tipo contractual que se promete concluir. También deberá fijarse la contraprestación; tal y como se ha señalado con relación al contenido de la oferta previa que debe emitir el concedente de un pacto de preferencia[73], el carácter determinante del precio en todo contrato oneroso hace que su indicación sea absolutamente necesaria, en tanto que, de otra manera, aunque pudiera existir contrato, no se podría afirmar que su contenido está «suficientemente determinado»[74].

3.2.2 Circunstancias inherentes al propio contrato preparatorio

En cuanto a las circunstancias inherentes al propio contrato preparatorio, en él deben fijarse las que delimiten la obligación de contratar, entre las que se encuentran a) el plazo; b) la «prima» para constituirlo; y c) un domicilio para practicar las oportunas notificaciones.

a) Al igual que sucede con respecto al pacto de preferencia, la Propuesta no establece la necesidad de fijar un plazo de duración de la promesa, y tampoco prevé un plazo máximo[75]. El respeto a la autonomía de la voluntad de las partes como justificación de tal silencio es discutible, básicamente por dos razones. La primera es la propia naturaleza de los contratos preparatorios, que «preparan» la conclusión de un futuro contrato, contrato que no puede estar pendiente o latente durante un plazo excesivo. El segundo argumento se refiere exclusivamente al contrato de opción, y es la situación de «debilidad» en que se encuentra al obligado frente al optante, situación que no se debería poder prolongar durante un largo plazo. Por todo ello, considero que sería más adecuada una norma semejante a la del artículo 14 del Reglamento Hipotecario

[73] Véase el apartado II.3.2.2. B).

[74] El artículo 14 del Reglamento Hipotecario exige expresamente la constancia del precio cuando el contrato de opción de compra de un bien inmueble se pretenda inscribir en el Registro de la Propiedad: «Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba. Segunda. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años».

[75] El artículo 1124 del Código civil francés que tampoco fija ningún plazo, a diferencia del artículo 28 del *Avant-projet Terré relatif au contrat*, que hablaba de un «plazo convenido y razonable»: «La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie s'engage envers une autre à conclure, *dans un délai convenu et raisonnable*, un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel seul le consentement du bénéficiaire fait défaut».

con respecto al contrato de opción de compra de bienes inmuebles, que fija un plazo máximo de cuatro años[76], plazo que podría aumentar cuando la promesa constituyese un pacto o estipulación integrado en otro negocio jurídico[77], en el que su duración máxima podría ser la de este[78].

La Propuesta tampoco fija un plazo supletorio de vigencia de la promesa si los contratantes no lo han determinado[79]. En atención a la vinculación que supone para el obligado, considero que la promesa no puede tener una duración indefinida, sino que la autoridad judicial debería fijar un plazo «razonable»[80], de manera análoga a lo que dispone el artículo 1249.3 respecto a la oferta[81].

b) Si la promesa es unilateral, lo más usual es que el obligado la haya concedido a cambio de una contraprestación, por lo que en el contrato de opción debería constar la prima pactada para su constitución, que podrá consistir tanto en una cantidad alzada, como en una suma a abonar periódicamente durante el plazo de vigencia del contrato. Si la prima satisfecha se aplica al pago del precio definitivo –particularmente en la opción de compra–, así debería hacerse constar en el contrato[82].

c) Asimismo, es conveniente que en el contrato de promesa conste el domicilio de los contratantes, a los efectos de practicar las oportunas notificaciones, esenciales para el ejercicio del derecho. A estos mismos efectos, se puede fijar su dirección electrónica, siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido, y quede constancia fehaciente del envío y recepción y del

---

[76] No es este sin embargo el límite máximo del derecho real de opción en el Código civil de Cataluña, que el artículo 568-8.1 fija en diez años.

[77] Por ejemplo, en un arrendamiento con opción de compra.

[78] Así lo prevén el artículo 14. II del Reglamento Hipotecario y el artículo 568-6.3 del Código civil de Cataluña.

[79] A diferencia, por ejemplo, del Código civil de Cataluña para la opción de naturaleza real, en el que, a pesar de que en el artículo 568-6.a) establezca que el título de constitución debe contener «el plazo de duración del derecho», a continuación señala que, si no se ha fijado, es de cuatro años.

[80] Debería atenderse a circunstancias como la complejidad de la operación prometida, o la contraprestación satisfecha por el beneficiario –a mayor prima satisfecha, mayor plazo de decisión–.

[81] En el Código civil italiano, el apartado segundo del artículo 1331, dedicado a la Opzione, establece que «[s]e per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice».

[82] El citado artículo 1590 del anteproyecto francés de reforma de los contratos especiales establece la solución contraria, es decir, que a falta de pacto la cantidad entregada se considera como arras y, por tanto, a cuenta del precio: «Une somme peut être convenue dans la promesse unilatérale de vente, en contrepartie de l'exclusivité consentie au bénéficiaire. Elle est acquise au promettant si le bénéficiaire choisit de ne pas se porter acquéreur. *En cas de conclusion de la vente, cette somme vaut acompte, sauf clause contraire*».

momento en que se hizo. También resultaría aconsejable establecer la forma en que deben llevarse a cabo dichas notificaciones.

4. LA EFICACIA DE LA PROMESA: ¿OBLIGACIÓN DE CONTRATAR, O FACULTAD DE PONER EN VIGOR UN CONTRATO?

La cuestión más relevante, y a la vez más polémica, que se plantea respecto al precontrato y la opción, es la de si su ejercicio da lugar a la puesta en vigor del contrato prometido, o si, conforme a su denominación de promesa, obliga simplemente a contratar. Ni los precedentes legales, ni tampoco la doctrina y la jurisprudencia, han ofrecido una solución clara, ni mucho menos unánime, al respecto. Veamos a continuación una evolución de la cuestión, hasta llegar a la Propuesta, que tampoco resuelve de manera diáfana todas las dudas que se han planteado.

4.1 **La promesa de contratar en el Código civil español**

El Código civil español regula la promesa de contratar en el artículo 1451 dedicado a la «promesa de vender o/y comprar». También aparece el contrato de promesa en el artículo 1862 («promesa de constituir prenda o hipoteca»), pero en este caso no estamos ante una promesa de contratar, sino ante una promesa de constituir un derecho real[83].

El artículo 1451, en su primer apartado, establece que «[l]a promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato». Conforme a este precepto, en la promesa debe constar el contenido del contrato definitivo: el tipo contractual (se trata de una compraventa), la «cosa» sobre la que recae y la contraprestación (el precio). Dos son las principales cuestiones que plantea la norma. La primera, si se trata de una promesa unilateral (opción) o bilateral (precontrato). La segunda, la eficacia de la promesa.

[83] El artículo 1862 CC empieza diciendo que «[l]a promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes […]». Por la propia naturaleza de la prenda y de la hipoteca, es una promesa de carácter unilateral por parte del deudor, que se obliga a prestar prenda o hipoteca en garantía de su obligación, promesa aceptada por el acreedor. A diferencia de la promesa de compraventa, no estamos ante una promesa de contratar, sino que se trata de una promesa de constituir un derecho real, derecho que no se constituye por contrato sino por un negocio jurídico unilateral por parte del propietario del bien, negocio que requerirá la entrega de la posesión del bien al acreedor o a un tercero en el caso de la prenda (art. 1863 CC), o la inscripción en el Registro de la Propiedad en la hipoteca (art. 1875. I CC).

4.1.1 ¿Promesa de vender o comprar, o promesa de vender y comprar?

Los dos apartados del artículo 1451 parecen contradecirse. Si se atiende a la redacción literal del primer apartado, se trata de una promesa de comprar o una promesa de vender, pero no una promesa de comprar y vender. Ahora bien, el apartado segundo de dicho artículo establece que «Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra *y* venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro»; por tanto, da a entender que se trata de una promesa bilateral[84].

Los calificativos de unilateral o bilateral han de interpretarse en el sentido de si solo una o ambas partes, respectivamente, se encuentran obligadas en virtud del contrato de promesa, contrato que ya ha sido celebrado. La doctrina española se ha mostrado dividida. Mucius Scaevola consideraba que el artículo 1451 se refiere a la promesa recíproca, «en la que una parte promete vender una cosa determinada y la otra promete comprar por un precio cierto»[85]; de la misma opinión eran, entre

---

[84] Los precedentes del precepto tampoco ayudan mucho a clarificar la cuestión:

a) El artículo 1373 del Proyecto de Código civil de 1851 establecía que «[l]a promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, equivale a un contrato perfecto de compra y venta; pero para ser válida deberá estar hecha en escritura pública, si la venta es de bienes inmuebles». García Goyena dejaba claro en sus comentarios que el precepto se refería a la promesa que había sido aceptada por la otra parte, pero no aclaraba si se trataba de una promesa unilateral, bilateral o se refería a ambas; decía García Goyena (1852, p. 363) que la promesa «ha de ser también aceptada, porque sin esto no hay contrato ni convención, y la conformidad de que habla el artículo supone la necesidad de aceptación».

b) El artículo 1589 del Código civil francés decía que «[l]a promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix», es decir, la promesa de venta equivale a la venta cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes respecto a la cosa y el precio; conforme a la dicción literal, el precepto quedaba limitado a la promesa de venta, por lo que parecía seguirse la opinión de Pothier (1762, núm. 478, p. 7) quien señalaba que la parte a la que se le hace la promesa no contrae ninguna obligación: «Le contrat de vente est un contrat syllanagmatique, par lequel chacune des parties s'oblige l'une envers l'autre mais la promesse de vendre est une convention par laquelle il n'y à que celui qui promet de vendre qui s'engage, celui à qui la promesse est faite, ne contracte de sa part aucune obligation».

c) Sí era más claro el artículo 1548 del Código civil portugués de 1867, al referirse a la promesa bilateral: «A simple *promessa reciproca de compra e venda*, sendo acompanhada de determinação de preço e de especificação de cousa, constitue una mera convenção de prestação de facto, que será regulada nos termos geraes dos contractos; com a differença, porém, de que, se houver signal passado, la perda dello ou a sua restituição em cobro valerá como compensação de perdas e damnos».

[85] Mucius Scaevola (1906, pp. 327-328) argumentaba que, si la promesa a que alude el artículo 1451 «presupone un verdadero contrato, y éste, según el artículo 1254, existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, es forzosa la concurrencia terminante de dos intereses contrapuestos para que haya causa de obligar y se originen derechos y obligaciones recíprocos».

otros, Castán[86], y Maluquer de Motes[87]. La jurisprudencia también se ha referido en diversas sentencias al artículo 1451 como promesa bilateral de compraventa[88]. Sin embargo, la mayoría de la doctrina, entre ellos Manresa[89], De Castro[90], y García Cantero[91], ha considerado que el artículo 1451 se refiere tanto a la promesa unilateral de venta, a la promesa unilateral de compra y a la promesa bilateral de compra y venta[92]; y otras sentencias del Tribunal Supremo también han incluido la promesa unilateral dentro del ámbito del artículo 1451[93]. Considero que esta última es la tesis que mejor encaja con la dicción literal del artículo 1451, lo que en los términos de la Propuesta equivaldría a decir que alcanza tanto al precontrato como al contrato de opción[94]; por tanto, el primer apartado del artículo 1451 se refiere a la promesa unilateral («vender *o* comprar»), y el segundo a la bilateral («promesa de compra *y* venta»). Y los efectos no serán los mismos en uno y otro caso.

---

[86] Castán Tobeñas, 1977, pp. 41-42, señalaba que la promesa bilateral de compra y venta recíprocamente aceptada es «a la que parece aludir el citado artículo 1451 de nuestro Código».

[87] Maluquer de Motes, 2010, p. 1589, afirmaba que el precepto «se refiere a la promesa bilateral de compra y venta entendiéndose como un contrato preliminar o precontrato».

[88] Entre otras, las STS 488/2011, de 24 junio (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 4481/2011, ECLI: ES: TS:2011:4481, RJ 2011\7370), 726/2014, de 2 diciembre (ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas, Roj: STS 5225/2014, ECLI: ES: TS:2014:5225, RJ 2014\6247) y 195/2013, de 5 abril (ponente: Francisco Javier Orduña Moreno, Roj: STS 5065/2013, ECLI: ES: TS:2013:5065, RJ 2013\6696).

[89] Manresa (1919, p. 74) afirmaba que, en su opinión, no cabe duda de que el artículo 1451 se refiere a las siguientes situaciones: «1.ª Promesa unilateral de venta aceptada, y en la que el aceptante resuelve hacer la compra. 2.ª Promesa unilateral de compra aceptada y en la que el aceptante resuelve hacer la venta. 3.ª Promesa bilateral de compra y venta, recíprocamente aceptada, y en la que cualquiera de las dos partes se decide por llevar a cabo el contrato».

[90] De Castro (1950, pp. 1170-1171, y 1997, pp. 578-579) señalaba que «Posiblemente, conforme a los antecedentes históricos, a la jurisprudencia anterior al Código y a bastantes sentencias posteriores, parece que se admite tanto a la promesa unilateral como a la bilateral y que la poca claridad del artículo 1451 se debe sólo a no haberse distinguido claramente los dos momentos en que puede encontrarse la promesa».

[91] García Cantero, 1991, pp. 70-71.

[92] En este sentido, entre otros, Ataz López (2013, p. 10.230), quien afirma que «[e]n el fondo, la promesa bilateral no es sino dos promesas unilaterales yuxtapuestas, por lo que si el precepto se refiere a una modalidad necesariamente habrá de referirse a ambas; lo que, por otra parte significa que, en contra de lo que la pura literalidad del precepto pudiera sugerir, ambos párrafos son aplicables a ambas modalidades de promesa»; también Rodríguez Llamas (2016, pp. 49-50).

[93] La STS 543/2008, de 17 junio (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, Roj: STS 3817/2008 – ECLI: ES: TS:2008:3817, RJ 2008\4251), sobre una promesa unilateral de compra, y la 1148/1995, de 28 diciembre (ponente: Alfonso Barcala Trillo Figueroa, Roj: STS 8155/1995, ECLI: ES: TS:1995:8155, RJ 1995\9402) sobre una promesa de venta.

[94] No obstante, la Propuesta parece partir de la base de que el artículo 1451 regula la promesa bilateral, ya que modifica el artículo 1451 del Código civil para hacer una remisión al artículo de la Propuesta que regula el precontrato: «Se le aplicará lo previsto en el artículo 1264 a la promesa de vender o comprar».

4.1.2 La eficacia de la promesa

Efectivamente, considero que el artículo 1451 CC atribuye una eficacia diferente a la promesa unilateral y a la bilateral.

a) Con respecto a la promesa unilateral, la norma del apartado primero del artículo 1451 –que establece que «[l]a promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato»– debe interpretarse en el sentido de que la promesa equivale a la compra o venta perfecta para el beneficiario, de manera que cuando este lo decida –ya sea el comprador o el vendedor, según a quien se hubiese concedido la facultad de opción– serán exigibles las obligaciones derivadas del contrato. El cumplimiento del «contrato» es el contrato de compraventa, y no el contrato de promesa de venta[95]. Por tanto, la promesa unilateral de compra o de venta equivale a un contrato de compraventa en el que su eficacia queda supeditada a la decisión de una de las partes[96].

b) Y con relación a la promesa bilateral, el apartado segundo del artículo 1451 dispone que «[s]iempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro». La norma permite entender que la promesa bilateral constituye una promesa de contratar cuyo incumplimiento da lugar a los remedios generales por incumplimiento contractual, esto es, el cumplimiento en forma específica o el resarcimiento por daños y perjuicios.

4.2 **De la promesa de compra y venta al precontrato y al contrato de opción**

Junto al término «promesa» de contratar, empleado en el Código civil español y referido usualmente al contrato de compraventa, la doctrina fue progresivamente utilizando las denominaciones de «precontrato» y «contrato de opción», que pueden encontrar su

[95] Así también lo entiende García Cantero (1991, p. 72): «La ambigüedad del artículo 1451 permite entender que el ejercicio de la opción dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato prometido, es decir, *el de compraventa*»; véase también Ataz López, 2013, pp. 10227 ss.

[96] La identificación de la promesa de compraventa con la compraventa definitiva estaba implícita en el artículo 1373 del Proyecto de 1851, que en su inciso final establecía que para ser válida [la promesa de venta] «deberá estar hecha en escritura pública, si la venta es de bienes inmuebles»; ello concordaba con el artículo 1003 de dicho proyecto, que en su apartado primero disponía que debían redactarse en escritura pública «Los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o en usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos».

correspondencia con la promesa bilateral, en el caso del primero, y con la unilateral en la opción[97]. Pero la introducción de estos dos términos –que por otra parte no han conseguido desplazar o eliminar la tradicional denominación de «promesa de contrato»– no ha servido para clarificarlos. La opinión más extendida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es la que configura la opción como una modalidad de precontrato en la que su cumplimiento solo puede ser exigido por una de las partes. Pero, al igual que sucede con la promesa de comprar y la promesa de vender del artículo 1451 del Código civil, se mantienen las discrepancias respecto a si el precontrato *obliga a concluir* el contrato definitivo, o permite exigir el cumplimiento de las recíprocas prestaciones[98]. A continuación, se hará una somera referencia a las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia al respecto, no sin antes poner de relieve que, como señala Albaladejo, se está lejos de llegar a un acuerdo, con una interpretación de lo más vacilante por el Tribunal Supremo que da pie a las opiniones más contrapuestas[99].

4.2.1 Referencia a las opiniones de la doctrina

Moro Ledesma, uno de los primeros tratadistas sobre el precontrato en España, lo define como «un contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona, que juntamente con la declaración que emita la otra parte integrarán los elementos del contrato obligacional principal que se proyecta»[100]. Este concepto del precontrato como un contrato que obliga a contratar, distinto del contrato base o contrato definitivo, fue acogida por la doctrina española más tradicional[101], como Castán Tobeñas, quien se refiere

---

[97] Aunque esta asimilación del precontrato a la promesa de contrato no ha sido aceptada por toda la doctrina. Roca Sastre, siguiendo a Degenkolb, no califica el precontrato como un contrato que promete otro contrato, sino como un contrato base en el cual las partes se obligan a su desenvolvimiento para la conclusión del contrato definitivo; afirma Roca Sastre (2009, pp. 398-399) que «[e]n el precontrato se contienen las bases o líneas fundamentales de un contrato futuro», y que «[e]l denominado contrato futuro o principal no es, en el fondo, un contrato o negocio jurídico, pues es el mismo precontrato ya desenvuelto».

[98] Es fundamental para el estudio de esta cuestión el trabajo de Federico De Castro sobre la promesa de contrato (1950, pp. 1133-1186, y 1997, pp. 545-593). Para una precisa exposición de tales teorías, véase Blandino Garrido (2022, pp. 42-52).

[99] Albaladejo (1989, p. 459) afirma que «[c]omo para construir hay que contar con el Derecho positivo y su interpretación por el Tribunal Supremo, y ésta es de lo más vacilante y da pie para las opiniones más contrapuestas, resulta que los autores encuentran apoyo en ella para las opiniones más diversas, lo que, sin embargo, a la vez, implica que no pueda opinarse en firme».

[100] Moro Ledesma, 1934, pp. 82-85.

[101] Rivero Hernández, 1987, p. 271, afirma que dicha concepción tradicional «fue mayoritaria en la doctrina española de la primera mitad del siglo», con cita de Sánchez Román, De Diego, Valverde, Borrell, Ossorio Morales y Castán Tobeñas.

al precontrato como «un contrato perfecto y obligatorio que tiene por fin asegurar la celebración de un determinado contrato futuro»[102]. La objeción a esta doctrina se fundamentaba en que, si del precontrato surgía una obligación de hacer, concretamente de emitir una declaración de voluntad, se trata de una obligación inejecutable, al ser la prestación del consentimiento contractual un acto personal e incoercible directamente, de manera que el eventual incumplimiento del promitente solamente podría remediarse con la indemnización de los daños y perjuicios causados[103].

La crítica a la tesis tradicional dio lugar al cuestionamiento de la propia figura del precontrato[104], y a la aparición de nuevas teorías al respecto[105], entre las que ha alcanzado relevancia la del profesor De Castro, expuesta en su trabajo sobre la promesa de contrato. De Castro afirma que «El primer e inmediato efecto del ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa es dar vida actual a la relación contractual proyectada. En ese momento se fija el comienzo de la eficacia del contrato»[106]. Diez Picazo corrobora esta doctrina y señala con precisión que «la promesa de contrato aparece como una etapa preparatoria de un *iter* negocial complejo de formación sucesiva. La relación contractual se abre ya entre las partes desde el momento mismo en que el precontrato queda celebrado. Lo que ocurre es que las partes se reservan, bien ambas o bien una sola de ellas, la facultad de exigir en un momento posterior la puesta en vigor del contrato proyectado»[107]. Esta es la tesis

---

[102] Así lo define Castán Tobeñas, 1977, p. 27.

[103] Aunque, con posterioridad a tales opiniones, el artículo 708 LEC, introducido por la Reforma de 2000, obligó cuando menos a matizar esta crítica.

[104] Una de las primeras críticas al respecto fue la de Alguer y Micó (1935, pp. 321-333, 369-384 y 417-434).

[105] Una de ellas la de Roca Sastre, a la que hemos hecho referencia en la nota 97, quien señala que «aunque la voluntad contractual es incoercible […] no puede decirse lo mismo de aquella simple actividad de desenvolvimiento de las bases contractuales convenidas en el precontrato» (2009, p. 399). Esta teoría, con ciertos matices, parece ser la seguida por Clavería Gosálvez (2004, pp. 1089-1090) quien, después de hacer referencia a las diversas opiniones de los tratadistas españoles al respecto, afirma que el precontrato «es un contrato más, que no puede ser otra cosa que *definitivo,* pero que, como sucede tantas otras veces, tiene un contenido parcialmente indefinido en el momento de su perfeccionamiento».

[106] De Castro (1997, pp. 588-589), quien partía de la base de que «La promesa de contrato origina, por sí misma, una vinculación jurídica que vive con plena sustantividad, mientras no se exija su cumplimiento o no se extinga la relación por alguna causa» (1997, p. 584).

[107] Díez Picazo (2009, p. 421) quien, siguiendo a De Castro, califica la relación como un iter negocial complejo, de formación sucesiva, que deviene a través de dos fases o etapas: «La primera fase es la promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea y se atribuye a las partes la facultad de exigirlo. La segunda fase es la que comienza con la exigencia del cumplimiento de la promesa, mediante el ejercicio de la facultad de exigir por la parte a quien tal facultad le haya sido atribuida o por cualquiera de las partes, si se ha atribuido a ambas indistintamente. El ejercicio de la facultad de exigir determina la vigencia o entrada en vigor del contrato que había sido proyectado» (2009, p. 422).

mayoritaria entre la doctrina de la segunda mitad del siglo pasado y principios del actual[108].

4.2.2 La Jurisprudencia

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es vacilante y contradictoria, ya que mientras en algunas sentencias afirma que el precontrato solamente genera la obligación de concluir un futuro contrato, en otras considera que obliga al cumplimiento del contrato definitivo, y en algunas admite ambas configuraciones[109].

La tesis tradicional aparece por primera vez en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1940[110], en la que se establece que la función esencial del contrato preliminar consiste en ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato[111]. Y, aunque no puede afirmarse que sea la mayoritaria, esta tesis no ha sido abandonada por la jurisprudencia más reciente; así, la sentencia del Tribunal Supremo 380/2009, de 21 de mayo[112], se refiere al «precontrato, también llamado contrato preliminar o preparatorio, o *pactum de contrahendo*», como aquel contrato «por el cual las partes se *obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato* (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar»[113].

---

[108] Entre tales autores, Albaladejo (1989, p. 465) afirma que, habiendo de contenerse en el precontrato todos los puntos necesarios para el contrato preparado, «y encerrando el precontrato conformidad sobre ellos, es innecesario, para que el acuerdo alcance efectividad, que se otorgue un nuevo consentimiento de las partes, bastando que éstas puedan exigir que *entre en vigor* el acuerdo (precontrato) que ya celebraron»; también Lete del Río y Lete Achirica (2005, pp. 598-599), quienes señalan que «el cumplimiento del contrato proyectado es susceptible de ser exigido sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes, el cual se puede lograr mediante el cumplimiento forzoso en forma específica».

[109] Incluso se ha acercado en ocasiones a la doctrina de Roca Sastre. La STS 784/2003 de 16 julio (ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, Roj: STS 5073/2003, ECLI: ES: TS:2003:5073, RJ 2003\5144) señala que «la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha recogido que el precontrato ya es en sí mismo un auténtico contrato que tiene por objeto celebrar otro en el futuro, conteniendo el proyecto o ley de bases del siguiente –sentencias de 25 de junio de 1996 y 19 de julio de 1994–»; también la STS 654/1993 de 25 junio (ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, Roj: STS 4508/1993, ECLI: ES: TS:1993:4508, RJ 1993\5384) afirma que «[e]l precontrato es ya en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o la ley de bases del siguiente […]».

[110] RJ 1940\691.

[111] Añade dicha sentencia que el *pactum de contrahendo* no tiene otro objeto que «el de vislumbrar la voluntad a la celebración de una convención ulterior, sin posibilidad de identificación con el del contrato definitivo, que ha de celebrarse después; ni en él se engendra otra obligación que la de prestar a su tiempo el consentimiento».

[112] Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Roj: STS 3067/2009 – ECLI: ES: TS:2009:3067, RJ 2009/3031.

[113] Con cita de las STS 375/2008, de 8 de mayo (ponente: Ignacio Gil de la Sierra Cuesta, Roj: STS 2581/2008, ECLI: ES: TS:2008:2581, RJ 2008/2959) –que señaló que «la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un "quedar obligado a obligarse"»–, STS 751/1998, de 24 de julio (ponente: Francisco Morales Morales, Roj: STS 5000/1998, ECLI: ES: TS:1998:5000, RJ 1998/6393), y

La tesis de De Castro tampoco tardó en reflejarse en la jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950[114], declaró que «para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato […]» y que «[…] en el contrato de promesa de vender o comprar, por su singular naturaleza se encierra y contiene el consentimiento suficiente para perfeccionar y consumar la futura compraventa prometida». Esta línea jurisprudencial se ha ido consolidando hasta la actualidad[115]. La sentencia del Tribunal Supremo 913/2021 de 23 diciembre[116], con amplias referencias a la jurisprudencia anterior, afirmó que «la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior *se pone en vigor el contrato preparado*»[117].

STS 1149/2008, de 16 de diciembre (ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel, Roj: STS 7330/2008, ECLI: ES: TS:2008:7330, RJ 2009/290); sin embargo, esta última sentencia contemplaba las dos teorías reseñadas, al fijar la función del precontrato según «el propósito empírico de quienes lo celebran –propiamente, tanto si las partes hubieran querido obligarse a celebrar un futuro contrato, prestando para ello el *facere* consistente en consentir de nuevo, como si lo deseado hubiera sido atribuir a una de ellas, o a las dos, la facultad de exigir en un momento futuro la puesta en vigor de un contrato proyectado, sin necesidad de más consentimiento–».

114 Ponente: Saturnino López Peces, RJ 1950\1187.

115 La STS 1325/2006, de 14 de diciembre (ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 7566/2006, ECLI: ES: TS:2006:7566, RJ 2006, 8235) afirmó que el precontrato es «la primera fase del *iter contractus*; la relación jurídica contractual nace en el precontrato y posteriormente *se pone en vigor* el contrato preparado». Seguía diciendo la sentencia que en el precontrato «se distinguen dos fases, la primera es el precontrato en que se concreta el contrato comprometido y las partes tiene la obligación y el derecho de ejecutarlo y la segunda, el cumplimiento del precontrato que implica la consumación del anterior». Conforme a la distinción que antes se ha apuntado entre el precontrato unilateral y el bilateral, la sentencia señalaba que «el precontrato bilateral –que es el presente– implica que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido»; en este mismo sentido se pronunciaban, entre otras, las STS 175/2012, de 21 de marzo de 2012 (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 1694/2012, ECLI: ES: TS:2012:1694, RJ 2012/5128), y STS 726/2014, de 2 de diciembre (ponente, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Roj: STS 5225/2014, ECLI: ES: TS:2014:5225, RJ 2014/6247).

116 Ponente: Juan María Díaz Fraile, Roj: STS 4948/2021, ECLI: ES: TS:2021:4948, RJ 2022\256.

117 Dicha sentencia aclaró el concepto y la naturaleza del precontrato: «En la sentencia 60/2008, de 30 de enero, resumimos nuestra doctrina jurisprudencial sobre la materia, que se condensa en las siguientes pautas: (i) el precontrato es el proyecto de contrato en el sentido de que las partes, por el momento, *no quieren o no pueden celebrar los contratos definitivos y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro* (sentencia de 4 de julio de 1991); (ii) *contiene ya los elementos del contrato definitivo*, cuya perfección las partes aplazan (sentencia de 3 de junio de 1994); (iii) es ya un *contrato completo*, que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, "teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo" (sentencia de 23 de diciembre de 1995); (iv) "la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior *se pone en vigor el contrato preparado*" (sentencia de 11 de mayo de 1999); (v) es esencial que "no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio"; así lo declaró la sentencia de 11 de abril de 2000 en un caso de precontrato unilateral, "bastando la expresión de voluntad

4.3 **La eficacia de la promesa en la Propuesta**

La Comisión encargada de elaborar la Propuesta de 2023 debía dilucidar, con relación a la eficacia de la promesa, cual de las dos tesis apuntadas era la que seguía.[118]. Ambas tesis han con-

---

del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos" (sentencias de 23 de diciembre de 1991 y 17 de marzo de 1993 y reiteran las de 16 de octubre de 1997 y 15 de diciembre de 1997)». También en este sentido la STS 34/2010, de 8 febrero (ponente: Antonio Salas Carceller, Roj: STS 287/2010, ECLI: ES: TS:2010:287, RJ 2010\395), y la STS 722/2014, de 18 febrero (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 563/2015, ECLI: ES: TS:2015:563, RJ 2015\575): «La opción de compra es una especie de precontrato (como dice la sentencia de 25 noviembre 2011, reiterada por la de 1 de diciembre de 2011) entendido como una primera fase del iter contractus en el que la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado: así lo ha entendido y conceptuado reiterada jurisprudencia: sentencias del 7 septiembre 2010, 24 junio 2011; que ha sido especialmente abundante cuando se ha referido al precontrato de opción de compra, como concesión por una parte a la otra de la facultad exclusiva de decidir el poner en vigor el contrato principal de compraventa: así, sentencias de 21 noviembre 2000, 5 junio 2003, 3 abril 2006, 12 mayo 2009, 7 mayo 2010, 6 abril 2011, 25 noviembre 2011».

[118] La dualidad de teorías con respecto a la eficacia de la promesa se ha podido apreciar en la regulación de los derechos navarro y catalán. Mientras en Navarra se deducía que el ejercicio de la promesa originaba la obligación de contratar, en Cataluña daba lugar a la puesta en vigor del contrato prometido.

a) La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo establece, en el apartado primero de la Ley 516, que «La promesa de concluir un contrato futuro obliga a quien la hace siempre que se hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete». La doctrina, en general, considera que se acoge la concepción tradicional de la promesa como generadora de la obligación de prestar el consentimiento necesario para la perfección del negocio proyectado, tanto por su propia denominación –«promesa»–, como por la obligación de «concluir un contrato futuro»; en este sentido, Arcos Vieira (2020, p. 2190). En cuanto a la jurisprudencia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 199/1999 de 31 julio (AC 1999\1906), si bien parte de la base de que «la promesa de contrato que se configura en la ley 516 del FN constituye un auténtico *pactum de contrahendo*, cuya eficacia queda limitada a la obligación de las partes a concluir el contrato definitivo», matiza que «este posicionamiento del Fuero Nuevo respecto a la concepción de la promesa de contrato, no implica que no quepa configurar dicha promesa de forma distinta a los perfiles indicados, aunque sí entrañará que cuando exista duda o no se pueda establecer cuál sea la voluntad de los intervinientes en la relación deberán las partes someterse a esa regulación tipificada». Más dudosa es la cuestión de si la promesa engloba tanto la unilateral como la bilateral. La referencia de la Ley a que queda obligada la parte que «hace la promesa» parece dar a entender su carácter unilateral, más si se compara con el apartado segundo de la Ley 516 conforme al cual «El convenio consensual preparatorio de un contrato futuro, aunque no reúna todos los requisitos exigidos para la celebración del contrato previsto, *obliga a las dos partes*»; sin embargo, no apreciamos inconveniente para una interpretación extensiva del precepto, de manera que incluya también la promesa recíproca, como entiende Arcos Vieira (2020, p. 2191), con cita de la STS 543/2008, de 17 de junio (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, Roj: STS 3817/2008, ECLI: ES: TS:2008:3817 RJ 2008/4251).

b) En cambio, en Cataluña, la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente (derogada por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, lo que originó una laguna legal respecto a los derechos de adquisición de naturaleza personal) establecía en el apartado primero del artículo 30 que «El ejercicio del derecho de adquisición de naturaleza personal supone la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de entrega del objeto y, si procede, del pago de la contraprestación», por lo

tado, como se ha señalado, con apoyo doctrinal y jurisprudencial, aunque actualmente la mayoritaria es la que considera que no es necesario la prestación de un nuevo consentimiento por parte del obligado para la consumación de la promesa de contrato, sino que únicamente se requiere el consentimiento del beneficiario. Esta tesis es la que se ha sido adoptada por la Ordenanza francesa de 2016 y por la ley belga de 2022, leyes que, en especial la primera, influyeron en la redacción de la Propuesta. El apartado primero del artículo 1124 del Código civil francés establece que «La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, *et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire*» [119]; y, en términos análogos, el artículo 5.25 del Código civil belga dispone que: «Le contrat d'option, ou la promesse unilatérale de contrat, est un contrat par lequel une partie donne à son bénéficiaire le droit de décider de conclure avec elle un contrat dont les éléments essentiels et substantiels sont établis *et pour la formation duquel il ne manque plus que le consentement du bénéficiaire*». Sin embargo, como se verá continuación, la Propuesta no ha seguido tal doctrina.

---

cual, ya bajo la denominación de opción y no de promesa, su ejercicio determinaba no la obligación de concluir un contrato de compraventa, sino la puesta en vigor de tal contrato (véase Bosch Capdevila, 2004, pp. 233-234). La Ley 22/2001 distinguía la opción de naturaleza personal de la que tenía carácter real, cuyo ejercicio producía la adquisición de la propiedad del bien por parte del optante, conforme al apartado primero del artículo 29: «El ejercicio de un derecho de adquisición de naturaleza real supone la adquisición de la cosa en las mismas condiciones en que se hallaba en el momento de la constitución del derecho y la extinción de los derechos incompatibles que se hayan constituido con posterioridad sobre la cosa, sin perjuicio de lo establecido en la legislación hipotecaria» (véase Bosch Capdevila, 2004, pp. 211-216).

Por otra parte, la Propuesta de Código civil español elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, dentro del capítulo dedicado a la formación del contrato y, más en concreto, en la sección que lleva por título «De los precontratos», dedica el artículo 522-3 a la que denomina «promesa de contrato», y en su apartado primero establece lo siguiente: «La promesa de contrato es un contrato por el cual una de las partes, el promitente, otorga a la otra, el beneficiario, el derecho, durante cierto tiempo, de optar por la celebración de un contrato distinto, cuyos elementos esenciales han sido ya acordados, de tal modo que si el beneficiario ejerce la opción se entiende que el promitente ya ha consentido el segundo contrato». No cabe duda de que el precepto deja clara la naturaleza de la figura, y las consecuencias del incumplimiento, aunque de forma un tanto contradictoria; así, por una parte, se establece de manera diáfana que el ejercicio de la opción o el cumplimiento de la promesa obliga a la conclusión de un nuevo contrato –el contrato base–, pero por otra da a entender que, ante la eventual resistencia del promitente, se entiende que este ya ha consentido el nuevo contrato, sin duda sobre la base del artículo 708 LEC, al que posteriormente se hará referencia en el epígrafe 5.2.

[119] El mismo régimen se prevé con respecto a la promesa de venta en el artículo 1588 del anteproyecto de reforma de los contratos especiales: «La promesse unilatérale de vente ou d'achat devient vente lorsque, au plus tard à l'expiration du délai stipulé par les parties, *le bénéficiaire fait connaître au promettant, dans les formes prévues au contrat, sa volonté de lever l'option en se portant acquéreur ou vendeur pour le prix convenu*».

4.3.1 La eficacia del ejercicio de la opción

El artículo 1262 de la Propuesta establece que «[e]l beneficiario de un contrato de opción o de una promesa unilateral de contrato *tiene derecho a decidir la celebración del contrato* siempre que su contenido esté suficientemente determinado». El precepto se aparta, aparentemente, de la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia, en tanto que, por el ejercicio de la opción, no dispone expresamente que se concede al optante el derecho a exigir el *cumplimiento* del contrato o a «ponerlo en vigor», sino a «decidir la *celebración* del contrato», «celebración» que, en principio, requiere la prestación, por ambas partes, del consentimiento contractual; «*decidir la celebración*» no equivale a *decidir que se considere celebrado* el contrato prometido.

El artículo 1262 de la Propuesta parece estar inspirado en el artículo 1124 del Código civil francés que, tras la Reforma de 2016, empieza diciendo en su primer apartado que «La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, *le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat* dont les éléments essentiels sont déterminés […]». Hasta este inciso inicial la analogía entre ambos preceptos es evidente, y se deja claro que el ejercicio de la opción da lugar a la conclusión de un nuevo contrato. Ahora bien, ¿qué falta para la conclusión de este nuevo contrato? Mientras la Propuesta guarda silencio al respecto, el inciso final del artículo 1124 del Código civil francés añade «et pour la formation duquel *ne manque que le consentement du bénéficiaire*». Es decir, la reforma francesa del 2016 estableció claramente que el ejercicio de la opción determinaba la conclusión de un nuevo contrato, en tanto que el consentimiento del obligado se consideraba prestado al haber concluido la promesa unilateral[120]. En cambio, la Propuesta, cuando menos aparentemente, no llega tan lejos; al no haber establecido de manera expresa, como hace el Código civil francés, que para la formación del contrato solamente falta «el consentimiento del beneficiario», cabe entender que la «celebración de un contrato» requiere, en línea de principio y por aplicación de la teoría general, la prestación del consentimiento por ambas partes. Sin embargo, más adelante, cuando se trate de las consecuencias del incumplimiento de la promesa por la negativa del obligado a contratar, se matizará esta afirmación con base al artículo 708.1 LEC[121].

---

[120] Véase François, quien afirma que «L'ordonnance s'inspire des définitions doctrinales qui insistent sur le fait que le promettant a définitivement donné son consentement au contrat préparé et qu'il ne manque plus que le consentement du bénéficiaire pour que le contrat soit formé, consentement qui se manifeste par la levée de l'option».

[121] Véase el epígrafe 5.3.1.

4.3.2 La eficacia del precontrato

Si la redacción de la Propuesta con respecto a la eficacia del ejercicio de la opción es manifiestamente mejorable (art. 1262), lo mismo ocurre con lo que dispone el artículo 1264 respecto a la eficacia del precontrato. En línea de principio, sería razonable que el régimen de la opción y el del precontrato fueran análogos, en tanto que la Propuesta configura ambas como promesas, «unilateral» la opción y «mutua» el precontrato». La traslación al precontrato del régimen del artículo 1262 relativo a la opción determinaría que las dos partes del precontrato tendrían el derecho de optar por la *celebración* de un contrato cuyo contenido esencial ya está determinado. Sin embargo, *celebración* no es el término que utiliza el artículo 1264 con relación al precontrato, sino el de *cumplimiento*, cuando dice en su primer apartado que «La promesa mutua de celebrar un contrato permite exigir *su cumplimiento* en los términos acordados, siempre que su contenido llegue a estar suficientemente determinado». Al igual que ocurre en el artículo 1451 CC con relación a la promesa de venta[122], el precepto no deja claro si la conclusión de un precontrato faculta a cualquiera de las partes a exigir el cumplimiento de la promesa –lo que implicaría la conclusión de un nuevo contrato–, o el cumplimiento del contrato definitivo que ya se consideraría concluido; dicho de otra manera, la duda es si el precontrato constituye un compromiso de contratar, o se identifica con el contrato definitivo.

El artículo 1264 no es, por tanto, todo lo diáfano que resultaría deseable. Por una parte, califica el precontrato como una «promesa mutua de contratar», denominación que permite entender que el ejercicio de la promesa obliga a la conclusión de un nuevo contrato, para lo cual se requeriría la prestación de un nuevo consentimiento, lo que encaja con la apuntada configuración del derecho de opción, calificada asimismo como promesa (unilateral) y cuyo ejercicio da «derecho a decidir la celebración de un contrato». Pero esta consecuencia no la establece de manera clara el artículo 1264. Mientras que con relación a la opción el artículo 1262 establece, como decimos, que su ejercicio permite decidir la «*celebración* de un contrato», el ejercicio del precontrato «permite exigir *su cumplimiento*». La duda es si tal cumplimiento es de la promesa, o del contrato prometido. Mientras el cumplimiento de la promesa supondría la obligación de concluir el contrato definitivo,

[122] Una disyuntiva similar ha existido respecto a la interpretación del artículo 1451 del Código civil, cuando establece en su apartado primero que «La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente *el cumplimiento del contrato*»; véase el epígrafe 4.1.2.

el cumplimiento del contrato se referiría al cumplimiento de las prestaciones que le son inherentes. Tres son los argumentos que nos hacen decantar por la primera de estas teorías. 1.º) En primer lugar, la coherencia con la configuración de la opción. 2.º) Además, es el sentido que se deduce de la redacción del precepto: el sujeto de la frase es la promesa, no el contrato resultante de dicha promesa. 3.º) Y, por último, que se trata de la solución que mejor encaja con las razones que motivan a las partes la conclusión de un precontrato y no del contrato definitivo[123].

4.3.3 Crítica al régimen de la Propuesta: los intereses de las partes deben permitir configurar la eficacia del ejercicio del precontrato y de la opción

La dualidad de teorías respecto a las consecuencias del ejercicio de la opción y del precontrato debería permitir a las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, adoptar la que mejor encaje con sus necesidades en el caso concreto. Las partes deberían poder, simplemente, «obligarse a contratar» o, si ello más les conviene, aplazar la «puesta en vigor de un contrato ya concluido». Que se decidan por una u otra posibilidad dependerá de sus intereses y de diversos factores, entre ellos, precisamente, si estamos ante un precontrato o ante una opción, es decir, si la vinculación es para ambas partes, o para una sola de ellas. Si las dos partes pretenden constituir una vinculación actual, pero no concluir en este momento el contrato definitivo, seguramente no será porque no quieran concluirlo, sino porque este contrato todavía no se puede celebrar, por diversas causas, entre ellas, por ejemplo, la necesidad de que transcurra un plazo establecido –tenga este plazo origen legal[124], o voluntario[125]–, o la exigencia de una serie de documentos o permisos que requieren una tramitación que puede alargarse más o menos en el tiempo[126]. Si se da este escenario, la modalidad de promesa bilateral de contratar que mejor encaja con los intereses de las partes es el «compromiso de contratar», que *obliga a concluir* el contrato definitivo. En cambio, si la vinculación es solo para una de las partes, de manera que la otra podrá decidir, en función de su conveniencia, si se concluye o no el contrato definitivo –facultad de

[123] Véase el epígrafe 2.

[124] Por ejemplo, la venta de una finca rústica adquirida por el ejercicio del derecho de retracto de colindantes, que no podrá enajenarse dentro de los seis años siguientes a su adquisición, artículo 568-20.2 del Código civil de Cataluña, o una vivienda protegida (véase el artículo 16 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda).

[125] Por ejemplo, cuando sobre el bien que se desea transmitir recae una prohibición de disponer impuesta por el causante durante un cierto plazo.

[126] Por ejemplo, la cédula urbanística en la transmisión de una vivienda.

decidir para la cual, probablemente, habrá satisfecho una prima– le convendrá que, si decide ejercer su derecho, el concedente no pueda poner obstáculos a la conclusión del contrato, por lo que le interesará configurar la promesa como un contrato –el propio contrato definitivo– en el que su efectividad queda a resultas de su decisión[127]. Esta posibilidad de doble configuración de la promesa ha sido aceptada tanto por parte de la doctrina como por cierta jurisprudencia. Así, ya Rivero Hernández señalaba que, «aun dando prevalencia en términos generales a la doctrina de De Castro para lo que podríamos llamar el precontrato tipo, no se puede considerar tal formulación conceptual como válida para todos los casos», ya que, sigue diciendo, las partes unas veces querrán la terminación del iter negocial iniciado, pero en otras pretenderán únicamente prometer un contrato cuya efectividad futura no dejan sellada, siendo ambos esquemas «lícitos o protegidos»[128]. Y la falta de una doctrina del Tribunal Supremo claramente consolidada ha dado lugar a que el Alto Tribunal también haya aceptado la doble posibilidad de configuración del precontrato; la ya citada sentencia del Tribunal Supremo 1149/2008, de 16 de diciembre, así lo da a entender cuando, por una parte, señala que «lo que caracteriza al precontrato es que las partes, por las razones que sea, no quieren que se produzcan de momento los efectos del contrato proyectado», y señala el propósito que las partes quieren conseguir con el precontrato: «tanto si las partes *hubieran querido obligarse a celebrar un futuro contrato*, prestando para ello el *facere* consistente en consentir de nuevo, como si lo deseado hubiera sido atribuir a una de ellas, o a las dos, la *facultad de exigir en un momento futuro la puesta en vigor de un contrato* proyectado, sin necesidad de más consentimiento».

5. REMEDIOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA

Si el ejercicio de la opción o del precontrato determinase la puesta en vigor del contrato base, el incumplimiento del obligado no implicaría un incumplimiento de la promesa, sino ya del contrato

[127] Ello ha llevado a algunos autores a dar una denominación distinta a cada una de estas modalidades. Así, Bosch, del Pozo y Vaquer (2016, pp. 136-139) distinguen el *compromiso de contratar*, como «contrato en virtud del cual las partes se obligan a concluir, dentro del plazo previsto, el contrato definitivo» (artículo 33.1 de su Propuesta), del *precontrato,* como «contrato en el que el cumplimiento de las recíprocas prestaciones queda en suspenso hasta el momento en que cualquiera de las partes decide, dentro del plazo previsto, dar efectividad al contrato» (artículo 34.1). En términos semejantes, véase los artículos 2-20.1 y 2-21.1 de la *Propuesta de Regulación de los derechos de adquisición* coordinada por Blandino Garrido y De Barrón Arniches (2022, pp. 142-150).

[128] Rivero Hernández, 1987, p. 274.

definitivo, al que se le aplicaría el régimen general de remedios del incumplimiento contractual. Pero, como se ha señalado [129], en la Propuesta el ejercicio de la promesa genera una obligación de contratar para el promitente, por lo que deben analizarse los remedios ante un eventual incumplimiento de la promesa por la negativa del obligado a concluir el contrato prometido.

5.1 **La discrepancia en la doctrina y en la jurisprudencia**

Al igual que sucede con relación a la cuestión de la eficacia del ejercicio de la promesa, doctrina y jurisprudencia han discrepado respecto a los remedios frente a su incumplimiento.

5.1.1 La doctrina

La doctrina se ha encontrado dividida. Para la concepción que se puede calificar como de más tradicional, la prestación del consentimiento para la conclusión del contrato definitivo es un acto personalísimo e incoercible, que ante la negativa a prestarlo solamente puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios; así, Mezquita del Cacho señala que «No se puede consentir en consentir, obligarse a consentir en el futuro, pues la voluntad contractual no puede ser impuesta, sino que ha de ser libre en cada momento, y mucho menos puede ser suplida por un mandato judicial» [130]. Otros autores, en cambio, consideran que, en caso de resistencia del concedente a otorgar voluntariamente el contrato definitivo, el Juez puede condenar a estimarlo concluido; en este sentido Castán Tobeñas afirma que «si el concedente se resiste a otorgar el contrato definitivo, puede el Juez, supletoriamente, como en los demás casos de promesa de contrato, dar efectividad a éste» [131]. Y según otra opinión, se admite que la voluntad de las partes pueda determinar las consecuencias del incumplimiento; Rivero Hernández señala que «no todos los precontratos responden a un mismo propósito y voluntad de las partes», sino que a partir de la pretensión de que el contrato prometido exista o tenga vigor en el futuro, pero no

[129] En el epígrafe 4.3.

[130] Mezquita del Cacho (1951, p. 81). En esta misma línea, Puig Peña (1973, p. 600) afirma que «parece más general la tendencia doctrinal consistente en admitir en este supuesto sólo las consecuencias propias del incumplimiento de obligaciones de *hacer* hechos personalísimos, o sea que el supuesto se traduce en la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Y entienden que el caso es una obligación de hacer hechos personalísimos por cuanto que el *consentimiento* es lo más personal que se conoce, y el Juez no puede sustituir en la prestación de aquél».

[131] Castán Tobeñas (1977, p. 53); también es de esta opinión Roca Sastre (2009, p. 431).

ahora, sucesivamente pueden querer: «a) que la voluntad del juez supla, en su caso, la voluntad de un contratante renuente al otorgamiento; o bien b) que el contrato de promesa se entienda puesto en vigor y ejecutable como contrato definitivo a partir de un cierto momento; o, en el extremo opuesto, c) que la voluntad individual sea infungible, resolviéndose la negativa a declararla en una indemnización de daños»[132].

5.1.2 La Jurisprudencia

La ya citada sentencia del Tribunal Supremo 654/1993, de 25 de junio, expuso de manera clara las dos principales posiciones respecto a las consecuencias del incumplimiento de la promesa[133]: «El precontrato es ya en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o la ley de bases del siguiente: debiéndose, por esta especialidad, quedar atemperada su fuerza vinculante, o cumplimiento forzoso, a dos posiciones extremas: *entender que no es posible obligar a la contraparte a la prestación del consentimiento*, o a la emisión de una declaración de voluntad, en lo que consiste la obligación del futuro contrato, ya que esto es un acto estrictamente personal y no coercible, quedando viva únicamente la posibilidad de una indemnización por los daños y perjuicios causados; o bien entender, con la más reciente jurisprudencia de esta Sala, que al consistir el objeto del precontrato en una obligación de hacer, *una vez requerido el obligado para que cumpla su promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento*; cumplimiento forzoso que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización, cuando el contrato definitivo no sea posible otorgarlo»[134].

---

[132] Rivero Hernández (1987, p. 273).

[133] Véase citas de sentencias anteriores en ambos sentidos en Puig Peña (1973, pp. 600-601), o en Albaladejo (1989, pp. 467-468).

[134] Entre las sentencias que adoptaron la posición más clásica, cabe citar la STS de 9 de julio de 1940 (RJ 1940\691), que afirmó que el incumplimiento del *pactum de contrahendo* no puede «producir otro efecto que el de un resarcimiento de perjuicios, precisamente por ser el consentimiento que ha de prestarse objeto único de la obligación y acto personalísimo; ni puede autorizar a que la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del Juez, dando así irregularmente vida a un contrato que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer»; asimismo, la STS 523/1991, de 4 de julio (ponente: Jaime Santos Briz, Roj: STS 3879/1991, ECLI: ES: TS:1991:3879, RJ 1991/5325), que declaró que «en caso de incumplimiento [del precontrato], y dado que, como prestación del consentimiento para el contrato definitivo, es una prestación personalísima a la que no puede ser obligado el contratante incumplidor, tal incumplimiento se transforma en indemnización de daños y perjuicios, previa cumplida prueba de los mismos». Y entre las que siguieron la segunda de las teorías, la STS 939/1989, de 13 de diciembre (ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes, Roj: STS 9798/1989, ECLI: ES: TS:1989:9798, RJ 1989/8824) señaló que «desde la Sentencia de 11 de noviembre de 1943

5.2 **El artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001 avaló, aparentemente, la teoría que admite la sustitución de la voluntad del obligado por una declaración judicial, al establecer en el apartado primero de su artículo 708 que «Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente, por medio de auto, *resolverá tener por emitida la declaración de voluntad*, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad».

El efecto práctico del artículo 708 LEC es que posibilita el cumplimiento en forma específica de la obligación de contratar ante la resistencia de una de las partes a concluir el contrato definitivo. ¿Cómo se consigue este cumplimiento? El precepto parte de la base de que, si el obligado se niega a contratar, el beneficiario ejercerá la correspondiente acción judicial, en la que se condenará al obligado a cumplir, es decir, a emitir una declaración de voluntad para concluir el contrato. Si transcurrido el plazo legal de veinte días (art. 548 LEC) el obligado no cumple voluntariamente, el cumplimiento en forma específica de la obligación de contratar podría lograrse de dos maneras. Una primera posibilidad, discutible por la propia naturaleza del consentimiento contractual, sería que la autoridad judicial emitiese una declaración de voluntad sustitutoria, sobre la base del consentimiento ya prestado anteriormente (al concluir el contrato preparatorio)[135]. No lo hace así el artículo 708 LEC, que prevé que el Tribunal dictará un auto en el que

---

ya se señala la diferencia entre contrato preliminar y el que se celebre en cumplimiento del mismo, permitiéndose desde la de 1 de julio de 1950 *el cumplimiento forzoso, con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez*, circunscribiendo el derecho a indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir –SS. de 2 de febrero de 1959 y 26 de marzo de 1965».

[135] Con mayor o menor precisión o rigor, así lo hacen algunos códigos civiles. El artículo 1418 del Código civil de Perú dice que «La injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte, alternativamente el derecho a: 1. Exigir judicialmente la celebración del contrato. 2. Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar. En uno y otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios»; el artículo 2247 del Código civil Federal de México empieza diciendo que «Si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez […]», y en términos análogos se expresa el artículo 1683 del Código civil de Guatemala: «Si el promitente se negare a otorgar la escritura para dar forma legal al contrato prometido, en su rebeldía lo hará el juez […]».

«resolverá tener por emitida la declaración de voluntad». Con independencia de que jurídicamente sea o no posible la declaración de voluntad ajena sustitutoria, el precepto no decreta el cumplimiento específico de la obligación –la prestación del consentimiento– por un tercero –sea el Juez u otra persona–, sino que simplemente declara que tal consentimiento ya ha sido prestado por el obligado y que, por tanto, no hace falta reiterarlo. En consecuencia, el Juez emite una sentencia declarativa[136].

Se aprecia, por tanto, una contradicción en el artículo 708.1 LEC. Si atendemos al inciso inicial, la condena a emitir una declaración de voluntad da a entender que debe prestarse un nuevo consentimiento contractual, con lo cual parece adherirse a la teoría clásica conforme a la cual la promesa obliga a contratar. En cambio, la resolución del Tribunal de «tener por emitida la declaración de voluntad» abona la teoría contraria, en tanto que viene a declarar que el consentimiento del obligado ya se ha prestado y que por

[136] En el Código civil portugués y en el Código civil italiano el incumplimiento del promitente también se remedia mediante una resolución judicial, aunque no aparece tan claro que tal resolución tenga un mero carácter declarativo. El apartado primero del artículo 830 del Código civil portugués establece que «Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida». Similar es la norma del artículo 2932 del Código civil italiano, conforme al cual «Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso». En el Derecho francés no es la autoridad judicial, sino que es la propia Ley la que dispone la irrelevancia de la negativa del concedente para concluir el contrato prometido, porque considera que aquel ya ha prestado su consentimiento al concluir el contrato de promesa, consentimiento que es irrevocable. El artículo 1124 del Código civil, en sus dos primeros apartados redactados tras su reforma por la Ordenanza nº 2016-131 de 10 de febrero de 2016, establece que «La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis». La regulación vigente se aparta de la jurisprudencia anterior, que tras la sentencia de la Sala 3.ª de lo Civil del Tribunal de Casación de 15 de diciembre de 1993 consideraba que el ejercicio de la opción por parte del beneficiario una vez revocada la promesa por parte del promitente excluía cualquier concurso de voluntades sobre el contrato prometido, de modo que este último no podía ser objeto de ejecución forzosa alguna, sino que solamente podía dar lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Aunque desde 2008 el Tribunal de Casación había admitido la validez de la cláusula de la promesa en virtud de la cual el incumplimiento de la promesa por parte del promitente puede dar lugar al cumplimiento en forma específica mediante el reconocimiento judicial del contrato (en concreto la sentencia de la Sala Tercera de 27 de marzo de 2008), y que por ello dicha cláusula se había generalizado en muchos contratos, existe un sector de la doctrina francesa que, aferrado a la jurisprudencia tradicional, habla incluso de la inconstitucionalidad de la ejecución forzosa de las promesas unilaterales de venta por considerar que no puede obligarse a una persona a consentir un contrato, y que considerar el contrato celebrado a pesar de la retractación del promitente consumaría un ataque desproporcionado al principio de libertad contractual; véase Fabre-Magnan, 2015 (pp. 826-828).

tanto no es necesario prestar un nuevo consentimiento para que el contrato definitivo se entienda concluido[137].

5.3 **El incumplimiento de la promesa en la Propuesta**

El incumplimiento de la opción o del precontrato se produce cuando el obligado no cumple su promesa, es decir, cuando ante el requerimiento de la otra parte se niega a concluir el contrato definitivo. Tal incumplimiento puede tener lugar por la simple negativa del obligado a contratar, o por haber celebrado el contrato prometido con un tercero –probablemente, en unas condiciones más ventajosas que las establecidas en la promesa–.

El artículo 1263 regula, de manera unitaria para el pacto de preferencia y la opción, los remedios del incumplimiento, remitiendo a los remedios generales y previendo una norma especial para el incumplimiento en el que ha colaborado un tercero[138]. En cuanto al precontrato, el apartado segundo del artículo 1264 simplemente remite al régimen general del incumplimiento del contrato, si bien le debe ser también aplicable, por analogía, el régimen especial previsto para la opción en caso de contratación del obligado con un tercero. Por ello, los apartados que siguen abordan, de manera unitaria, los remedios del incumplimiento tanto en la opción como en el precontrato.

5.3.1 Incumplimiento de la promesa por la negativa del obligado a contratar

En los apartados anteriores se ha puesto de manifiesto que doctrina y jurisprudencia han discrepado respecto a si, cuando el obligado se niega a concluir el contrato definitivo, el único remedio posible es la indemnización de los daños y perjuicios causados, o cabe también un cumplimiento específico mediante una resolución de la autoridad judicial. Ante tal polémica, lo deseable hubiese sido que la Propuesta zanjase la cuestión en uno u otro sentido[139]. No ha

---

[137] En esta misma línea, Carrasco Perera (2024, p. 129) pone de relieve la contradicción del artículo 708.1 LEC: «Si un "precontrato" es *perfecto* y contiene todos los elementos esenciales y accidentales del acuerdo en cuestión, este precontrato no puede ser *judicialmente ejecutado* mediante la ejecución de una sedicente condena a emitir una declaración de voluntad. Y por eso se equivoca ostentosamente el artículo 708.1 LECiv, pues si el precontrato es perfecto, la sentencia que lo haya declarado así será declarativa de la existencia del contrato o de condena a su cumplimiento, pero es un imposible lógico que se trate de un título ejecutivo judicial que condene a *emitir de nuevo la misma declaración* negocial que se ha dado por existente o presupuesta en la sentencia».

[138] Véase el epígrafe II.6.2 con relación a los remedios para el incumplimiento del pacto de preferencia.

[139] Como hizo, por ejemplo, la *Propuesta de regulación de la Teoría General del contrato* de Bosch, Del Pozo y Vaquer (2016), que en el artículo 33 y con relación al que denominan «compromiso de contratar», después de establecer como remedio general la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, establece en el

sido así, sino que tanto el apartado primero del artículo 1263 con relación a la opción como el apartado segundo del artículo 1264 respecto al precontrato remiten a los «remedios derivados del incumplimiento del contrato».

De los cinco remedios que contempla el apartado primero del artículo 1173, no satisfará al beneficiario ni la simple reducción del precio –reclamará su restitución íntegra–, ni la suspensión del cumplimiento de su obligación –la obligación de pagar una prima ya se habrá satisfecho, si es el caso, al concluir la promesa–[140]. La resolución del contrato podrá interesar al beneficiario para exigir la devolución de la prima que, en su caso, hubiese abonado. Por tanto, la alternativa queda prácticamente reducida a los dos remedios a los que doctrina y jurisprudencia ha venido haciendo referencia. Por una parte, a) la indemnización de los daños y perjuicios, remedio que puede operar autónomamente o acumulado a otros como la resolución –por el incumplimiento–, o el cumplimiento específico –por el retraso en el cumplimiento y los costes de tramitación–. Y b), el otro remedio es «exigir el cumplimiento de la obligación», es decir, el cumplimiento en forma específica. Las dudas se hubiesen resuelto si la Propuesta hubiera concretado cómo puede llevarse a cabo dicho cumplimiento específico; ante su silencio, cabe entender que existe una tácita remisión al artículo 708.1 de la LEC, lo que permitiría que, por medio de una sentencia judicial, se tenga por prestado el consentimiento del obligado a la conclusión del contrato definitivo.

En cualquier caso, el necesario auxilio judicial que requiere el ejercicio de estos remedios revela que hubiese sido más satisfactorio para el beneficiario la consideración del contrato preparatorio no como una obligación de contratar, sino como un contrato definitivo pendiente de su puesta en vigor por quien corresponda.

5.3.2 Remedios específicos para el caso de conclusión del contrato proyectado con un tercero

Cuando el incumplimiento se haya producido por haber concluido el obligado el contrato prometido con un tercero, el cumplimiento en forma específica de la promesa ya es más dificultoso. No basta con que se emita una resolución judicial declarando prestado

apartado cuarto que es válido el pacto entre las partes en que estas «acuerdan que, en caso de negativa injustificada de una de las partes a prestar el consentimiento para concluir el contrato definitivo, la autoridad judicial o un tercero designado por las partes otorgará este consentimiento».

[140] Véase el epígrafe II.6.2.1.

el consentimiento del obligado, sino que, previamente, debería también resolverse el contrato con el tercero, lo que no siempre será posible.

A) El tercero protegido

El contrato del obligado con el tercero no podrá resolverse cuando este se encuentre protegido, protección que dependerá de su buena o mala fe, determinada en función de su ignorancia o conocimiento de la promesa. Así lo dispone el apartado tercero del artículo 1124 del Código civil francés, que establece que «Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers *qui en connaissait l'existence* est nul», precepto que, para que el contrato sea nulo, se limita a exigir que el tercero tenga conocimiento de la existencia de la promesa, sin necesidad de que exista una «collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers»[141].

Como en otro lugar se ha señalado[142], a pesar de que el apartado segundo del artículo 1263 no requiere literalmente el simple conocimiento de la promesa, sino que exige que el tercero «haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento» del contrato de opción, debe partirse de la base de que el conocimiento por el tercero de la existencia de la opción –y de que se encuentra vigente– implica dicha «colaboración a sabiendas en el incumplimiento»[143]. En cualquier caso, lo que no permite el artículo 1263.2 es equiparar al conocimiento efectivo la simple posibilidad de conocimiento; por tanto, aunque el contrato de opción se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad (lo que será posible en la opción de compra si se dan los requisitos previstos en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario), si el tercero desconoce la promesa no le serán de aplicación los remedios previstos en el apartado segundo del artículo 1263, sin perjuicio de que, por aplicación de los principios generales en materia hipotecaria, sí le pueda ser oponible dicho contrato y decretarse la resolución de su adquisición.

---

[141] Lo que el tercero debe conocer es la «existencia» de la promesa unilateral, y no la intención del beneficiario de confiar en ella, correspondiendo al beneficiario la prueba de dicho conocimiento, como señalan Chantepie y Latina (2016, p. 217).

[142] Véase el epígrafe II.6.2.2. A).

[143] Si realmente existe algún caso en el que, conociéndose la existencia de la promesa, la conclusión del contrato con el obligado no implica una «colaboración a sabiendas» en el incumplimiento, estaríamos ante uno de los casos en los que la doctrina francesa habla de *hypothèses d'école*, es decir, casos de laboratorio, que quizá podría darse cuando el tercero hubiese interrogado al optante respecto a su intención de ejercitar o no la opción y obtuviese una respuesta negativa, o cuando tuviese fundados motivos para creer que el derecho no se ejercería.

B) Remedios cuando el tercero ha colaborado a sabiendas en el incumplimiento

Si el tercero no tiene conocimiento de la promesa, la regla general es que ya no será posible el cumplimiento en forma específica de la obligación de contratar. En cambio, si es conocedor de la misma, el apartado segundo del artículo 1263 prevé que el beneficiario podrá reclamar al tercero «una indemnización por los daños sufridos, la ineficacia del contrato o su sustitución en el lugar del tercero en el contrato celebrado por este». De estos tres remedios, dos de ellos –la indemnización y la ineficacia– ya resultaban de aplicación conforme a la remisión de los artículos 1263-1 y 1264-2 al régimen general de remedios del artículo 1173 de la Propuesta. La utilidad de la primera se encuentra en que se concede al beneficiario la posibilidad de solicitar la indemnización tanto al obligado como al tercero. La «ineficacia» del contrato entre promitente y tercero permite su anulación[144], y posibilita la posterior conclusión del contrato entre el obligado y el beneficiario; constituye, por tanto, un paso previo para el cumplimiento de la promesa en forma específica.

En cuanto a la «sustitución en el lugar del tercero en el contrato celebrado por este», parece de entrada un remedio pensado para el incumplimiento del pacto de preferencia, en tanto que dicha «sustitución» o «subrogación» –como se denomina impropiamente en el artículo 1521 CC– es el mecanismo para hacer efectivo el retracto. ¿Puede actuar también este remedio en caso de incumplimiento del derecho de opción? No parece muy probable, dado que la opción se ejercita conforme a las condiciones establecidas en el título constitutivo, que pueden ser distintas de las convenidas entre promitente y tercero. Obviamente, no interesará al optante su «sustitución en el lugar del tercero» si las condiciones son más onerosas que las establecidas, escenario que será el más frecuente y que habrá llevado al promitente a incumplir su promesa; solamente en el extraño caso en que dichas condiciones fueran más beneficiosas, podría ser un remedio útil para el optante[145].

[144] En cambio, el apartado tercero del artículo 1124 del Código civil francés establece «Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul». Algunos autores consideran que hubiera sido preferible decir que el contrato era susceptible de ser anulado, en tanto que podría ocurrir que el beneficiario prefiriese que se le abonara una indemnización; véase Chantepie y Latina (2016, p. 218).

[145] Siempre teniendo en cuenta que no será un remedio efectivo si, cuando la opción recaiga sobre un contrato traslativo del dominio, se ha producido ya la transmisión de la propiedad; véase el epígrafe II.3.2.

6. CONCLUSIONES

1.ª La «promesa de contrato» puede ser unilateral (opción) o bilateral (precontrato), según conceda la facultad de decisión a una o a ambas partes, respectivamente.

2.ª La dualidad promesa unilateral / promesa bilateral o mutua tiene su precedente en el artículo 1451 CC, que en su apartado primero se refiere a la promesa unilateral («vender *o* comprar») y en el segundo a la bilateral («promesa de compra *y* venta»).

3.ª En la promesa debe estar «suficientemente determinado» el contenido del contrato definitivo, en concreto, es esencial la identificación del objeto sobre el que se contrata, el tipo contractual, y la contraprestación.

4.ª La parte o las partes obligadas por la promesa no deben realizar ninguna acción que pueda impedir la conclusión o la eficacia del contrato definitivo conforme a las condiciones establecidas en la promesa.

5.ª El alcance de la facultad de decisión del beneficiario de la promesa ha sido interpretado por parte de un sector de la doctrina y jurisprudencia como la facultad de exigir la conclusión del contrato definitivo, mientras que otro sector ha considerado que el ejercicio de la promesa pone en vigor un contrato ya concluido.

6.ª Los intereses de las partes les deberían permitir, en función del propósito que pretendan conseguir, atribuir una u otra eficacia a la promesa.

7.ª En la opción, en que la vinculación es solo para una de las partes, al beneficiario le conviene que, si ejercita su derecho, el concedente no pueda poner obstáculos a la conclusión del contrato, por lo que le interesa configurar la promesa como un contrato en el que su puesta en vigor queda a resultas de su decisión; así lo permite, para la promesa de vender *o* comprar, el apartado segundo del artículo 1451 CC.

8.ª Si, por el contrario, la promesa es mutua, encaja mejor con los intereses de las partes su configuración como una obligación de concluir el contrato definitivo, contrato querido por ambas partes pero que no se habrá podido concluir al pactar la promesa por razones ajenas a su voluntad.

9.ª La Propuesta concede al beneficiario el derecho a decidir la celebración del contrato definitivo, lo que requerirá, para ambas partes, la prestación de un nuevo consentimiento contractual.

10.ª La promesa está sujeta al principio general de libertad de forma, sin que deba observar la forma exigida para el contrato prometido.

11.ª La Propuesta concede libertad a las partes para determinar la duración de la promesa, sin fijar un plazo máximo, lo que, aunque justificado en el respeto a la autonomía de la voluntad, contraviene la propia naturaleza de los contratos preparatorios, que «preparan» la conclusión de un futuro contrato que no puede estar pendiente o latente durante un plazo excesivo, y puede prolongar la situación de debilidad en que se encuentra al obligado frente al optante, situación que no debería poder alargarse más allá de un plazo razonable.

12.ª El incumplimiento de la promesa se puede producir por la negativa del obligado a contratar, o por haber celebrado el contrato prometido con un tercero.

13.ª La Propuesta no prevé cómo conseguir, ante la eventual resistencia del obligado, el cumplimiento en forma específica de la promesa –la conclusión del contrato prometido–, por lo que se precisará del auxilio judicial conforme al artículo 708 de la LEC.

14.ª El artículo 708.1 LEC establece los mecanismos para lograr el cumplimiento en forma específica de la promesa de contratar. Mientras su inciso inicial parece adherirse a la teoría clásica, en tanto que condena a emitir una declaración de voluntad, seguidamente establece que, ante la resistencia de una de las partes a prestar el consentimiento contractual, el Tribunal puede resolver tener por emitida la declaración de voluntad, con lo que, implícitamente, está reconociendo que no es necesaria la prestación de un nuevo consentimiento para que el contrato definitivo se entienda concluido.

15.ª Si se ha incumplido la promesa porque el obligado ha concluido el contrato prometido con un tercero, al beneficiario no le convendrá el remedio consistente en su sustitución en el contrato en el lugar del tercero, ya que las condiciones convenidas entre promitente y tercero le serán, supuestamente, menos beneficiosas que las establecidas en el título constitutivo de la promesa.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel: Derecho *Civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, Barcelona, 1989.

ALGUER Y MICÓ, José: «Para la crítica del concepto de precontrato», *Revista de Derecho Privado*, 1935, núm. 265 (pp. 321-333), 266 (pp. 369-384) y 267 (pp. 417-434).

ARCOS VIEIRA, María Luisa: «Ley 516», en *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. por E. Rubio Torrano y M. L. Arcos Vieira), Cizur Menor, 2020, pp. 2188-2191.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Artículo 1451», en *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez Cano), tomo VII, Valencia, 2013, pp. 10227-10234.

BLANDINO GARRIDO, M.ª Amalia, y DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (coord.): *Los derechos de adquisición. Propuesta de regulación,* Valencia, 2022.

BLANDINO GARRIDO, M.ª Amalia: *El precontrato y* la opción, Cizur Menor, 2022.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro y VAQUER ALOY, Antoni: *Teoría General del Contrato. Propuesta de regulación*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve: *Opción, tanteo y retracto: la regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Barcelona – Madrid, 2004.

— «Precontrato de opción y derecho real de opción», *Revista de Derecho Civil*, 2020-4, pp. 51-98.

— «El derecho de tanteo y retracto. Teoría general», en *Los derechos de adquisición* (coord. por E. BOSCH, M. P. Sánchez, M. A. Blandino y P. De Barrón), Cizur Menor, 2021, pp. 39-93.

— «Artículo 3-4» y «Artículo 3-7», en *Los derechos de adquisición. Propuesta de regulación* (coord. por M. A. Blandino Garrido y P. De Barrón Arniches), Valencia, 2022, pp.167-170 y 176-180.

CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 4.ª edición, Cizur Menor, 2024.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral. Tomo cuarto. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, décima edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Madrid, 1977.

CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Paris, 2016.

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto: «Notas sobre el denominado precontrato», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J. M. González Porras y F. P. Méndez González), vol. I, Murcia, 2004, pp. 1081-1091.

DE CASTRO, Federico: «La promesa de contrato, algunas notas para su estudio», *Anuario de Derecho Civil*, 1950-IV, pp. 1133-1186; también en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, tomo I, 1997, pp. 545-593.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni y BOSCH CAPDEVILA, Esteve: *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, 7.ª edición, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2023.

DÍEZ PICAZO, Luís: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, tomo I, 6.ª edición, Cizur Menor, 2009.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *Ejercicios y efectos de los retractos legales*, Madrid, 2000.

DISSAUX, Nicolas y JAMIN, Christophe: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance núm. 2016-131 du l O février 2016), Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil,* Paris, 2017.

FABRE-MAGNAN, Muriel: «De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente», *Recueil Dalloz*, 2015, 14, pp. 826-828.

FRANÇOIS, C.: «Présentation des articles 1123 à 1124 de la nouvelle sous-section 3 "Le pacte de préférence et la promesse unilatérale"», en *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, (https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect3-pacte-preference-promesse).

García Cantero, Gabriel: «Artículo 1451», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), tomo XIX, Madrid, 1991, pp. 63-77.

García Goyena, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Madrid, 1852.

Giménez Costa, Ana y Villó Travé, Cristina: «Derechos de adquisición preferente en el dominio compartido», en *Los derechos de adquisición* (coord. por E. Bosch, M. P. Sánchez, M. A. Blandino y P. De Barrón), Cizur Menor, 2021, pp. 457-503.

Lete del Río, José Manuel y Lete Achirica, Javier: *Derecho de obligaciones*, vol. I, Cizur Menor, 2005.

Llodrà Grimalt, Francesca: «La carta de intenciones», en *Los derechos de adquisición* (coord. por E. Bosch, M. P. Sánchez, M. A. Blandino y P. De Barrón), Cizur Menor, 2021, pp. 275-305.

Maluquer de Motes, Carlos: «Artículo 1451», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Valladolid, 2010, pp. 1588-1589.

Manresa y Navarro, José M.ª: «Artículo 1451», en *Comentarios al Código Civil*, tomo X, Madrid, 1919, pp. 66-76.

Mezquita del Cacho, José Luis: «El pacto de opción y el derecho que lo origina», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 273, febrero 1951, pp. 73-94.

Morales Moreno, Antonio Manuel: «El contrato y sus requisitos en la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023: el objeto y la causa», *Revista de Derecho Civil*, 2024-4, pp. 97-137.

Moro Ledesma, Sebastián: «El precontrato. Notas para su estudio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 110, febrero 1934, pp. 81-96.

Mucius Scaevola, Q.: *Código civil*, tomo XXIII, Madrid, 1906.

Pothier, Robert-Joseph: *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, tome 2, Paris-Orleans, 1762.

Puig Peña, Federico: *Tratado de Derecho Civil Español*, IV-2, *De los contratos en particular*, Madrid, 1973, pp. 595-607.

Rivero Hernández, Francisco: «Del precontrato y la promesa de venta», en *Derecho de obligaciones. Volumen segundo. Teoría General del Contrato*, por J. L. Lacruz, A. Luna, J. Delgado y F. Rivero, 2.ª edición, Barcelona, 1987, pp. 269-282.

Roca Sastre, Ramón M.ª: «Contrato de promesa», en *Estudios de derecho privado*, por R. M.ª Roca Sastre y J. Puig Brutau, vol. I, Cizur Menor, 2009, pp. 389-432.

Rodríguez Llamas, Sonia: «Artículo 1451», en *Código civil comentado* (dir. por A. Cañizares. P. De Pablo, F. J. Orduña y R. Valpuesta), vol. IV, 2.ª edición, Cizur Menor, 2016, pp. 49-50.

Rodríguez Morata, Federico: «Artículo 25 LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 6.ª edición, 2013, Cizur Menor, pp. 809-857.

Sabater Bayle, Elsa: «Ley 514», en *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. por E. Rubio Torrano y M. L. Arcos Vieira), Cizur Menor, 2020, pp. 2183-2186.

Thiberge, Mathieu: «Article 1123», en *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article* (dir. por T. Douville), Issy-les-Moulineaux, 2016, pp. 66-69.

JURISPRUDENCIA

– STS de 9 de julio de 1940 (RJ 1940\691).
– STS de 1 de julio de 1950 (ponente: Saturnino López Peces, RJ 1950\1187).
– STS 939/1989, de 13 de diciembre (ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes, Roj: STS 9798/1989, ECLI: ES: TS:1989:9798, RJ 1989/8824).
– STS 523/1991, de 4 de julio (ponente: Jaime Santos Briz, Roj: STS 3879/1991, ECLI: ES: TS:1991:3879, RJ 1991/5325).
– STS de 20 de abril de 1993 (ponente Pedro González Poveda, Roj: STS 17473/1993, ECLI: ES: TS:1993:17473, RJ 1993/3104).
– STS 654/1993, de 25 junio (ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, Roj: STS 4508/1993, ECLI: ES: TS:1993:4508, RJ 1993\5384).
– STS 1148/1995, de 28 diciembre (ponente: Alfonso Barcala Trillo Figueroa, Roj: STS 8155/1995, ECLI: ES: TS:1995:8155, RJ 1995\9402).
– STS 751/1998, de 24 de julio (ponente: Francisco Morales Morales, Roj: STS 5000/1998, ECLI: ES: TS:1998:5000, RJ 1998/6393).
– STS 395/2000, de 11 de abril (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 3063/2000, ECLI: ES: TS:2000:3063, RJ 2000/2434).
– STS 784/2003, de 16 julio (ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, Roj: STS 5073/2003, ECLI: ES: TS:2003:5073, RJ 2003\5144).
– STS 1325/2006, de 14 de diciembre (ponente. Xavier O´Callaghan Muñoz, Roj: STS 7566/2006, ECLI: ES: TS:2006:7566, RJ 2006, 8235).
– STS 375/2008, de 8 de mayo (ponente: Ignacio Gil de la Sierra Cuesta, Roj: STS 2581/2008, ECLI: ES: TS:2008:2581, RJ 2008/2959).
– STS 543/2008, de 17 de junio (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, Roj: STS 3817/2008, ECLI: ES: TS:2008:3817 RJ 2008/4251).
– STS 1149/2008, de 16 de diciembre (ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel, Roj: STS 7330/2008, ECLI: ES: TS:2008:7330, RJ 2009/290).
– STS 380/2009, de 21 de mayo (ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Roj: STS 3067/2009, ECLI: ES: TS:2009:3067, RJ 2009/3031).
– STS 34/2010, de 8 febrero (ponente: Antonio Salas Carceller, Roj: STS 287/2010, ECLI: ES: TS:2010:287, RJ 2010\395).
– STS 488/2011, de 24 junio (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 4481/2011, ECLI: ES: TS:2011:4481, RJ 2011\7370).
– STS 175/2012, de 21 de marzo de 2012 (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 1694/2012, ECLI: ES: TS:2012:1694, RJ 2012/5128).
– STS 195/2013, de 5 abril (ponente: Francisco Javier Orduña Moreno, Roj: STS 5065/2013, ECLI: ES: TS:2013:5065, RJ 2013\6696).
– STS 722/2014, de 18 febrero (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 563/2015, ECLI: ES: TS:2015:563, RJ 2015\575).
– STS 726/2014, de 2 de diciembre (ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas, Roj: STS 5225/2014, ECLI: ES: TS:2014:5225, RJ 2014/6247).
– STS 913/2021, de 23 diciembre (ponente: Juan María Díaz Fraile, Roj: STS 4948/2021, ECLI: ES: TS:2021:4948, RJ 2022\256).

Aspectos procesales de la nueva propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos: una aproximación

JUAN DAMIÁN MORENO
Catedrático de Derecho procesal
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La reciente Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos está teniendo una trascendencia indudable en la doctrina del derecho civil pero también la tendrá en el ámbito del derecho procesal. El autor hace un recorrido de las implicaciones más relevantes que esta propuesta tendría desde la perspectiva procesal, entre las que destaca el nuevo régimen de las obligaciones solidarias y sus efectos en el litisconsorcio y la cosa juzgada, las consecuencias procesales que supondría el ejercicio de la facultad de resolver o de anular extrajudicialmente el contrato, la naturaleza del procedimiento que, en ausencia de acuerdo, resultaría aplicable al contrato sometido a la cláusula «rebus sic stantibus» y, por último, la influencia que la nueva regulación sobre los documentos tendría en el ámbito probatorio.

PALABRAS CLAVE

Obligaciones solidarias, remedios ante el incumplimiento de los contratos, nulidad y anulabilidad de los contratos, rebus sic stantibus, prueba de las obligaciones.

Notes about the impact of the civil code reform on legal obligations and contracts: a procedural reading

ABSTRACT

The recent Proposal to Modernize the Civil Code regarding obligations and contracts is having undoubted significance in the doctrine of civil law but will also have it in the field of procedural law. The author outlines the

most relevant implications that this proposal would have from a procedural perspective, among which the new regime of joint and several obligations and its effects on litigation and res judicata stand out, the procedural consequences that would entail the exercise of the power to terminate or annul the contract extrajudicially, the nature of the procedure that, in the absence of agreement, would be applicable to the contract subject to the «rebus sic stantibus» rule and, finally, the influence that the new regulation on the documents would have in the legal evidence.

KEYWORDS

Solidarity of obligations, non-performance, remedies for breach of contract, termination, rebus sic stantibus, hardship, legal evidence.

SUMARIO: I. *Introducción. La propuesta de modernización de obligaciones y contratos del Código Civil de 2023 vista en clave procesal*.– II. *Obligaciones solidarias. Cambio de paradigma: la presunción de solidaridad. Litisconsorcio pasivo y cosa juzgada. Colaboración procesal entre los deudores solidarios.*–III. *Resolución de contrato por incumplimiento: de la acción de resolución a la acción de impugnación de la resolución. Efectos del ejercicio de la facultad de resolver extrajudicialmente el contrato.*–IV. *Nulidad y anulabilidad de los contratos a la luz de la propuesta de modernización*. 1. La nulidad del contrato. Forma de declararla. 2. La facultad de anular extrajudicialmente el contrato: naturaleza jurídica y consecuencias procesales. La excepción de nulidad: tratamiento procesal.–V. *Adaptación judicial del contrato por cambio de circunstancias:* rebus sic stantibus. *Naturaleza de la sentencia que adapta el contrato: alcance de la cosa juzgada*.–VI. *La prueba procesal y la prueba civil. La ambivalente naturaleza del documento y la razón de su privilegiado valor probatorio. El documento constitutivo como prueba preconstituida.–Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN. LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DEL CÓDIGO CIVIL DE 2023 VISTA EN CLAVE PROCESAL

Hace ya tiempo que uno de los procesalistas españoles más prestigiosos de todos los tiempos, Emilio Gómez Orbaneja, insistía en la necesidad de analizar las instituciones jurídicas de una manera integral y unitaria. Según decía, el *proceso*, término al que nos referimos para designar de modo abreviado y sintético todo el conjunto de actividades que se refieren al ejercicio de la actividad jurisdiccional, es una institución regulada por el derecho pero que está en función de otro derecho, sin el cual no tendría sentido; por

eso es instrumental[1]. Y aunque este mensaje fuera dirigido especialmente a los procesalistas, que muchas veces hemos vivido demasiado alejados del mundo del derecho sustantivo y de las disciplinas que lo estudian, podría perfectamente aplicarse a cualquier otro académico que, en el seno de su propia disciplina, quisiera analizar en profundidad el papel que cumplen las instituciones en un determinado ordenamiento jurídico.

Es verdad que ante la inmensidad del derecho es comprensible que a veces resulte difícil establecer lazos comunes o pasarelas de comunicación que, en aras a esta unidad, intenten superar esos obstáculos que nos impiden observar la realidad, no trasversalmente, como algunos intentan presentar el resultado de sus aportaciones, sino integralmente. Pero conviene intentarlo. En nuestro caso, se trataría básicamente de procurar no vivir de espaldas a la realidad en que el derecho procesal convive pues, de hacerlo, corremos el riesgo de aislarnos por completo del derecho material al que aquél está llamado a servir. El derecho procesal no tiene un fin en sí mismo; es un instrumento para la protección del derecho sustantivo del que se sirve su titular para garantizar su efectividad[2].

La presentación de una nueva propuesta, revisión de la anterior, de *Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* (en adelante, PMR-23), nos brinda una excelente oportunidad para salir de esa dinámica. Sabemos que esta no es la única iniciativa de reforma del Código civil; las ha habido otras igualmente meritorias e incluso de mayor alcance, a las que hay que hacerles justicia por la trascendencia que tienen y por los grandes especialistas que han intervenido en ellas, pero nos centraremos en esta porque cronológicamente es ahora la más reciente[3]. Pero en una materia como la que trata esta propuesta, creemos que resulta imprescindible tener en cuenta la perspectiva procesal, es decir, la perspectiva de ese *otro derecho*, que es el derecho procesal, que no por ser distinto no deja de ser derecho[4].

A nosotros nos ha parecido que la armonización del derecho de obligaciones y contratos puede tener una gran incidencia en el ámbito del proceso, al menos en lo que se refiere a la manera en que se articulan los distintos «remedios» que se establecen desde el punto de vista de los presupuestos que deben concurrir para atribuirles esa condición porque, como es sabido, estos remedios dispuestos para satisfacer la tutela del derecho del acreedor deben

---

[1] Gómez Orbaneja, 2009, p. 195.

[2] Cappelletti, 1969, p. 5.

[3] Un análisis sobre el estado de la cuestión está excelentemente desarrollado en Bercovitz, *DLL*, 2019.

[4] De la Oliva, 2012, p. 323.

tener, a su vez, reconocida la forma de poder hacerlos valer judicialmente en caso de que suscite una controversia. Para ello es preciso que exista la más perfecta coordinación entre dos elementos que deben ir indisociablemente unidos, el sustantivo y el procesal ya que desde el punto de vista de la experiencia jurídica el derecho no puede subsistir sin el ejercicio de la acción ni la acción puede ser explicada sin referencia a la existencia de un derecho[5].

Negarle al llamado derecho de acción la virtud de poder servir de instrumento para dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley supondría prescindir de un elemento de enorme relevancia para analizar cómo actúa en la práctica el derecho sustantivo a través de proceso[6]. De esta manera, siendo verdad que el derecho considerado desde una perspectiva puramente teórica es el que es, una vez que cruza la frontera que delimita lo jurisdiccional de lo no jurisdiccional todo cambia: el derecho que uno cree tener se convierte en controvertido y a partir de ese momento su existencia ya no depende únicamente de las condiciones materiales en que se haya desenvuelto hasta ese momento, sino de la estrategia que se siga en el proceso, de las normas procesales y, en último extremo, de la decisión que en función de todo ello adopte finalmente la autoridad judicial.

Así pues, nos proponemos analizar, desde el otro lado de la orilla, algunas de las cuestiones que nos ha suscitado esta propuesta a la luz de las recíprocas implicaciones que eventualmente podría tener en caso de ser aprobada en los términos en los que se ha elaborado[7]. Y no hay motivos para dudar que pueda llegar a ser así, no solo a la vista de los trabajos que se han realizado hasta ahora y del empeño que la doctrina ha puesto en defenderla, sino por el prestigio científico de quienes han participado en su elaboración y de quienes intervinieron en los trabajos preliminares de la que ésta trae causa y que presentó en el año 2009 la Sección Civil de la Comisión General de Codificación[8]. Por eso, damos por supuesto que el lector de esta revista la conoce perfectamente y no nos esforzaremos demasiado en añadir más detalles sobre el contenido de la misma, salvo que creamos que resultan estrictamente imprescindibles para mantener el hilo discursivo[9].

---

[5] Satta, 1948, p. 75.

[6] Chiovenda, 1936, p. 25.

[7] Un tratamiento de conjunto se encuentra por ejemplo en Lando, 1995 (PECL), Díez-Picazo, 2002, Cámara Lapuente, 2003 y Morales Moreno, 2006.

[8] Especialmente tras los influyentes trabajos de Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993, p. 1720, Díez-Picazo, 2007 (I), p. 49 y Morales Moreno, 2006. Sobre ello, también Díez-Picazo, *BMJ,* 2011, p. 2. Sobre la labor desarrollada por esta Comisión desde el punto de vista de su funcionamiento interno y específicamente en la modernización del derecho de obligaciones: Jerez Delgado, Pérez García, *RJUAM*, 2009, núm. 19, p. 155.

[9] En todo caso, la propuesta está disponible en el siguiente enlace: https://www.mjusticia.gob.es.

Dado el carácter parcial que reviste esta reforma, y que afecta solo a una parte del Código civil, la técnica legislativa utilizada para su elaboración responde a un criterio sumamente práctico, pues al estar dotada de la misma unidad y autonomía de la parte que pretende ser objeto de la modificación, es como si se tratara de un recambio, de manera que se ha diseñado de tal forma que resulte fácil sustituir una pieza por otra sin prácticamente menoscabo alguno para el resto de las disposiciones del Código. Aunque la influencia del derecho francés en la codificación española ha sido enorme, afortunadamente nuestros tribunales, por su cercanía a los problemas cotidianos de los ciudadanos, se han mostrado muy sensibles a estos cambios y han sabido acoger, dentro de la legalidad, una interpretación de las disposiciones del Código civil más acorde a la realidad en que hoy deben ser aplicadas. Y la mejor prueba de ello lo constituye el hecho de que, precisamente por esta razón, sus autores han considerado innecesaria la incorporación de disposiciones transitorias pues, a su juicio, la mayor parte de las reglas y principios que se incluirían en ella han sido ya incorporados a la práctica de nuestros tribunales a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo[10].

Por eso, y sin entrar a valorar la trascendencia que implica hablar de «modernización» cuando nos referimos a una ley, así como a las connotaciones que este término deba tener desde el punto de vista de los objetivos que persigue, cualquiera que lea con atención los motivos que han impulsado esta iniciativa comprenderá inmediatamente el enorme esfuerzo que sus autores han tenido que hacer por mantener el adecuado equilibrio entre nuestra tradición jurídica y la necesidad de proceder a la necesaria adaptación de nuestras instituciones a las exigencias que requiere la sociedad en consonancia con los compromisos que requiere nuestra pertenencia a la Unión Europea[11].

En todo caso, aunque parece que en la doctrina hay un *clamor prácticamente unánime* a favor de ella[12], hoy las tendencias parecen que van por otros derroteros y no precisamente en la línea de reforzar la posición de quienes esperan que el legislador refuerce su posición jurídica de cara a la tutela de sus derechos, por lo que sería una ingenuidad pensar en estos momentos que todo el mundo se

[10] Eso no es óbice para que la doctrina no haya dejado de ser consciente de la existencia de otro tipo de problemas, especialmente relacionados con el procedimiento parlamentario que habría de seguirse, así como otros de enorme relevancia que tiene que ver con el derecho transitorio; un diagnóstico de estos problemas y algunas propuestas sobre cómo afrontarlos se encuentra en García Rubio, *RDC*, 2024 (2), p. 3.

[11] En relación con los distintos modelos de aproximarse legalmente hacia ese objetivo de conformación del derecho contractual europeo, véase el reciente estudio de Fernández Chacón, 2023, p. 163.

[12] San Miguel Pradera, *ADC*, 2023 (3), p. 1.043.

encuentre en la misma disposición de ánimo en apoyarla. Las tensiones sociales, las crisis financieras y, sobre todo, la pandemia ha roto el consenso social y han dado lugar a un modelo en el que, por ejemplo, el «favor debitoris», en la medida en que pueda llegar a afirmarse su existencia[13], se habría convertido en el eje central de la mayoría de las políticas públicas que afectan al derecho patrimonial, por lo que, excluida la parte que se refiere a los derechos de consumidores, exigir hoy el cumplimiento de las obligaciones tal como venía configurado por la economía liberal va camino de convertirse en la parte menos amable del derecho; es más, da la impresión de que existe cierto temor a reforzar las garantías de los acreedores mientras, a la vez, se anima a los particulares a que recurran al uso de medios alternativos para la resolución de sus controversias.

La crisis que atravesamos es tan profunda y la sensibilidad hacia los problemas de los demás es tan grande, que la sociedad empieza a tolerar con dificultad que determinados sujetos hagan uso de sus derechos tal cual fueron originariamente concebidos, bajo el entendimiento de que, en muchos casos, las soluciones sobre la que sustentaba la legislación civil al momento de la codificación hoy son en muchos aspectos incompatibles con el ideario social que predomina en la actualidad. En este contexto, hay que estar muy seguro de que las medidas que se establezcan en el derecho civil van a encontrar el suficiente grado de acogida por parte de la sociedad. Pero, más allá del recorrido que finalmente tenga esta propuesta, a los procesalistas nos brinda una excelente oportunidad para compartir distintos puntos de vista intentando aportar al debate nuestra visión sobre una serie de temas en donde confluyen aspectos comunes y repasar el estado de la cuestión de algunas nociones directamente aplicables al ámbito del derecho de obligaciones.

II. OBLIGACIONES SOLIDARIAS. CAMBIO DE PARADIGMA: LA PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD. LITISCONSORCIO PASIVO Y COSA JUZGADA. COLABORACIÓN PROCESAL ENTRE LOS DEUDORES SOLIDARIOS

Cuando éramos estudiantes se nos decía que la teoría de las obligaciones era como *las matemáticas del derecho*; suponemos que era porque su regulación no deja de responder a criterios lógicos y sus reglas podían aplicarse para resolver cualquier problema

[13] Algunos autores han llegado a poner en duda que de nuestra legislación civil haya elementos como para deducir de una manera general la vigencia de dicho principio, incluso de algunos preceptos más bien el contrario: Rogel Vide, 2010, p. 127.

por muy complejo que fuera; eran principios generales del derecho aplicables a la teoría general del contrato. No sabemos si esto responde a la realidad, pero si fuera así, la materia de las obligaciones solidarias debería ser, dentro de las matemáticas, como la teoría que sirve para resolver ecuaciones variables con pluralidad de incógnitas, tanto si éstas se dan del lado del acreedor como del lado del deudor, que es de las que nos ocuparemos[14]. Quizás sea por ello por lo que de entre las materias que resultarían más afectadas, y que la propuesta destaca como una de las principales novedades, se encuentra el régimen de las obligaciones solidarias, en este caso para proponer un cambio de gran trascendencia como es el de consagrar como regla general el principio de la presunción de solidaridad, abandonando con ello aquel criterio establecido en el Código civil según el cual la solidaridad no se presume.

El que la ley llegue a considerar que la solidaridad se presuma, tiene una enorme relevancia y desde luego dice mucho de la manera en que se pretende que queden reguladas las relaciones entre los particulares, especialmente cuando se dirige frente a los distintos participes de un mismo hecho dañoso, lo cual permitiría entre otras, dar una solución a todas aquellas situaciones que en la práctica suelen producirse cuando el acreedor desconoce si está ante una solidaridad tácita o ante una obligación mancomunada[15].

Salvo que existiera una voluntad expresa de los obligados o se infiriese de la voluntad de los mismos por actos concluyentes, nuestra tradición histórica siempre abogó por no dar por sentada la existencia de una obligación solidaria (art. 1138 CC). Ni siquiera admitió los supuestos de solidaridad tácita; la solidaridad, decía Albaladejo*, o se quiere o no se quiere*[16]. ¿Habrá regla más sabia en nuestro derecho que aquella según la cual si dos personas se encuentran comprometidas ante un mismo acreedor se entiende que cada una de ellas responde por mitad salvo que se exprese que se obligaron solidariamente?[17] Pues en la línea en cómo ha ido evolucionado la doctrina y la jurisprudencia, la respuesta está clara y así lo confirma la posición adoptada por los redactores de la propuesta, que invierte los términos de esa ecuación[18].

---

[14] La solidaridad de acreedores plantea desde luego otros problemas, algunos muy complejos, que la doctrina también se ha encargado de analizar a la luz de las propuestas de modernización: Rodríguez Guitián, *ADC* (2) 2017, p. 397.

[15] Lanchas Sánchez, *RJUAM*, 2017 (2), p. 104.

[16] Albaladejo, *ADC*,1963 (2), p. 347.

[17] Jordán de Asso, 1786, p. 173.

[18] En realidad, ni doctrinal ni jurisprudencialmente cabría afirmar hoy que la regla de la no presunción de la solidaridad es un principio generalmente aceptado; la evolución que ha sufrido esta materia pone de manifiesto la sintonía de la propuesta con las soluciones que desde hace tiempo está llevando a cabo en el seno de la doctrina; sobre este particular: Rogel Vide, 2010, p. 51.

La propuesta sale al paso de la situación actual, y haciéndose eco de la situación de indefinición a que ha hecho referencia un sector doctrinal, distingue entre la solidaridad contractual de la extracontractual[19]. Por una parte, salvo que los deudores hayan actuado como consumidores y usuarios, la solidaridad debe presumirse siempre que resulte de un mismo contrato, al menos cuando todos los deudores lo sean de una misma prestación y en virtud de un mismo negocio. Pero por otra, en materia de responsabilidad extracontractual, la obligación de indemnizar será solidaria también cuando dos o más personas fueran responsables de un mismo acto dañoso, es decir, cuando estemos ante lo que se ha dado en llamar *solidaridad impropia* (art. 1111 PMR-23). Desde el punto de vista procesal, la consecuencia es lógica: a menos que se trate del ejercicio de la facultad resolutoria, *el acreedor puede exigir el pago a cualquiera de los deudores solidarios, a varios de ellos o a todos simultáneamente* (art. 1112 PMR-23). Es pues evidente que, especialmente en este último caso, la solución propuesta facilita mucho más la labor del acreedor, que no tendría que realizar tanto esfuerzo probatorio a la hora de tratar de individualizar o determinar al causante del daño[20].

Ya sabemos que detrás de la solidaridad hay toda una problemática procesal que viene de lejos y ha sido una de esas materias en donde se pone a prueba la solvencia y la solidez de las construcciones doctrinales respecto de muchas instituciones procesales[21]. A la luz del derogado artículo 1252 CC siempre se entendió que la solidaridad excluía el litisconsorcio ya que dicho precepto imponía la extensión de la cosa juzgada a todos los deudores solidarios, hubieran o no litigado, lo cual dio lugar a enormes especulaciones acerca del alcance que debía darse a esta disposición pues, como sabemos, mientras estuvo vigente aquel precepto, la situación era sumamente más confusa y su redacción se prestaba a toda clase de interpretaciones[22]. La mayor parte de los problemas los causaba la necesidad de sortear los inconvenientes que suponía aplicar aquella incipiente jurisprudencia que impedía extender los efectos de la cosa juzgada a los deudores que no hubieran intervenido en el proceso; y no es por otra razón por la que un sector de la doctrina llegó incluso a considerar que lo más recomendable

[19] Yzquiedo Tolsada, 2022, p. 1334.

[20] Por lo que se refiere al régimen de la solidaridad impropia, no toda la doctrina se ha mostrado a favor de esta manera de solucionar este tipo de situaciones; Yzquierdo Tolsada considera por ejemplo que *relaja la diligencia y desprecia los «standards» de calidad de los comportamientos humanos*: Yzquierdo Tolsada, 2022, p. 1138.

[21] Un tratamiento de conjunto, con especial referencia a la doctrina italiana clásica se encuentra en Serra Domínguez, 1971, p. 573.

[22] Caffarena Laporta, 1980, p. 4 y Díez-Picazo, 2007, p. 262.

para evitar que quedara afectado el derecho defensa era demandar a todos, algo que, en sí mismo, generaba igualmente un foco de problemas procesales de enorme complejidad[23].

Nadie discute hoy en día que el acreedor siga teniendo la posibilidad de dirigir su acción contra cualquiera de los deudores solidarios, pero también sabemos que el demandado no puede esgrimir la excepción de falta del debido litisconsorcio para oponerse (art. 1144 CC). Presupuesta la solidaridad, el acreedor es libre de dirigir su demanda contra aquel deudor que le parezca más capaz de cumplir la obligación o al que le resulte más cómodo exigírsela, sin que sean irrelevantes los motivos que le hayan guiado al hacer su elección pues esta cuestión, en principio, es ajena al control judicial (STS 1329/2024 [Roj 5098])[24]. Los efectos de la cosa juzgada se contraen a quienes hayan sido parte, sin perjuicio, obviamente, de las consecuencias que la sentencia pueda llegar a tener en el resto de los deudores.

La propuesta deja también clara su posición al respecto: *la sentencia en un proceso seguido por el acreedor contra uno de los deudores solidarios no produce efecto de cosa juzgada frente a los demás, pero éstos podrán oponerla en cuanto les resulte provechosa* (art. 1121 PMR-23). De esta forma, si el acreedor pretendiera que la cosa juzgada alcanzase a todos los deudores solidarios no tendría más remedio que demandarlos a todos, lo que sí daría lugar a un litisconsorcio pero que, sin embargo, no sería un litisconsorcio pasivo necesario[25]. Sabemos además que, de conformidad con este planteamiento, una demanda entablada frente a uno solo de los deudores solidarios únicamente podría ejecutarse frente a quien hubiera sido parte; desde la aprobación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil le está vedado al ejecutante dirigir una ejecución frente a un deudor solidario que no haya sido condenado[26]. La única concesión que hace la ley viene dada por el hecho de que, si en el proceso han sido demandados varios deudores solidarios, el acreedor sí que podrá pedir que se despache ejecución frente a uno o algunos de esos deudores o, incluso, frente a todos ellos, si es que fueron todos fueron parte, entendiendo que de esa manera no queda comprometido el derecho de defensa de quien no fue demandado (art. 542 LEC).

---

[23] Fernández López, 1990, p. 465.

[24] Larenz, 1958, p. 500. Salvo que haya mediado demanda, el «ius electionis» también se da en sentido inverso de modo que el deudor puede igualmente seleccionar libremente a quien hacer el pago: Rodríguez Guitián, *ADC*, 2017, p. 438.

[25] La doctrina define este tipo de situaciones con el nombre de litisconsorcio *cuasinecesario* o litisconsorcio *impropio*: Fairén Guillén, 1955, p. 152.

[26] De la Oliva, 1991, p. 51.

Por ese motivo, hablar en estos momentos de extensión de cosa juzgada solo sería posible si así se quiere llamar al efecto que produciría en los demás deudores la sentencia de condena que extinguiera la obligación como consecuencia del cumplimiento realizado por el deudor demandado, pues como ha señalado la doctrina, lo que en este caso afecta realmente a los demás deudores solidarios no es la cosa juzgada, es el pago que, como tal, extinguiría la obligación frente a todos, haciendo innecesario un nuevo proceso sobre el mismo objeto (art. 1145 CC)[27]. Pero que los efectos de cosa juzgada en sentido positivo no se extiendan a los demás deudores solidarios no quiere decir que, en función de las excepciones que la sentencia eventualmente haya acogido, no produzcan efectos jurídicos en la medida en que aquellos podrán oponerla *en lo que les sea provechosa* (art. 1121 PMR-23). Es evidente que la sentencia que declara la inexistencia de la deuda, beneficia a todos, incluso a los que no han sido demandados[28].

Ahora bien, esto no elimina el riesgo que pudiera producirse si el deudor demandado decidiera llamar al proceso a los demás deudores con el fin, no solo de comprometerles en su resultado, sino para darles la oportunidad de puedan hacer valer las excepciones personales que tuvieran frente al acreedor (1120 PMR-23). No debemos olvidar que la propuesta establece el deber de todos los deudores solidarios de *comportarse entre sí de buena fe, informándose recíprocamente sobre la procedencia de las excepciones que se puedan oponer* (art. 1122 PMR-23). Y aunque a alguien le pueda parecer artificioso este planteamiento, lo cierto si hay un momento a partir del cual ese «deber de colaboración» puede hacerse efectivo es precisamente una vez interpuesta la demanda, llamando al proceso al resto de los deudores. Por lo tanto, no es descartable que, so pretexto de ese genérico y bienintencionado deber, el demandado pudiera invocarlo para, al amparo del apartado 2 del artículo 14 LEC, provocar o forzar la intervención en el proceso ya iniciado del resto de los deudores al objeto de lograr, con la ayuda de todos, una sentencia desestimatoria de la demanda[29].

---

[27] Cortés Domínguez, *RDPIB*, 1976 (2-3), p. 393 y Serra Domínguez, 1993, p. 767.

[28] Serra Domínguez, 1993, p. 779.

[29] Cuestión bien distinta son los supuestos de intervención voluntaria o facultativa regulada en el artículo 13 LEC en la que la participación del deudor solidario debería ser admitida si se entendiera que existe un interés directo y legítimo, pero solo a los efectos de intentar apoyar al deudor demandado, esto es, en su modalidad de *intervención adhesiva*, y con ello tratar de evitar los perjuicios que una eventual *acción de reembolso* le pudiera irrogar en caso de que la sentencia fuera adversa (art. 1123 PMR-23); sobre ello, la doctrina anterior a la vigente ley ya tuvo ocasión de analizar esta cuestión, pero fundamentalmente desde el punto de vista de los efectos de la cosa juzgada, algo que hoy, afortunadamente, no

III. RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO: DE LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN A LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN. EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE RESOLVER EXTRAJUDICIALMENTE EL CONTRATO

Si hay una institución jurídica que ha merecido un lugar de honor en el derecho civil ese ha sido el contrato. El valor que aporta al desarrollo personal, social, económico, cultural de los seres humanos es ha sido enorme; es, como se ha dicho con acierto, una forma de ordenación social[30]. A través de él se han logrado explicar muchos fenómenos sociales y políticos que han encontrado en él la necesaria base filosófica para darles una explicación jurídica. Y en una época en que era necesario que las relaciones personales, familiares o patrimoniales se protegieran bajo el sagrado manto del contrato, era lógico que los lazos que unieran a sus protagonistas no pudieran romperse sin que interviniera una autoridad con poder suficiente para hacerlo, un tribunal o un funcionario que, representando al Estado, así lo declarara. Esto se debía en parte también a que la resolución de un contrato, además de la disolución del vínculo, llevaba aparejada la condena a la restitución de las prestaciones o a la indemnización por los daños o perjuicios derivados de esta situación.

Como sabemos, nuestro Código civil responde a ese esquema. La exigencia de la decisión judicial fundada en el incumplimiento de una de las partes se justificaba básicamente con el propósito de que una autoridad independiente controlase la legalidad de la acción y la entidad de la causa que se esgrime como motivo de la resolución[31]. De todo ello se deduce el que, salvo que mediara acuerdo de las partes, la sentencia seguía siendo el presupuesto o condición procesal de la resolución, algo que, si bien no se deduce tan claramente de la ley, habría sido asumido como un principio general en la medida en que suponía añadir un valor adicional de prevalencia al lazo que crea la relación contractual («pacta sunt servanda»).

Pero la evolución que ha sufrido el derecho de contratos y, especialmente, la manera de concebir el incumplimiento, muy alejado de la causa y más centrado aun en el grado de insatisfacción que ocasiona quien lo sufre, tiene una incidencia directa en la

---

se produce: Morón Palomino, 1965 (3), p. 149, Serra Domínguez, 1969, p. 207 y Caffarena Laporta, 1980, p. 12.

[30] Fuller, 1978, p. 357. En el mismo sentido, Carrasco Perera, 2024, p. 16.

[31] González Pacanowska, 2013, p. 8231.

materia que nos proponemos analizar. La resolución del contrato, dentro del conjunto de remedios que se contemplan sea ya probablemente el más expeditivo, pero no el único y, en algunos casos, el último remedio al que habría que recurrir. No es de extrañar que a raíz de las iniciativas tendentes a la armonización del derecho europeo en materia de contratos se propusiera un cambio en que el efecto constitutivo que la resolución del contrato provoca, se pudiera lograr sin necesidad de tener que acudir a los tribunales, algo que, como sabemos, la doctrina y la jurisprudencia ya habían llegado a contemplar como medio eficaz de resolución[32].

La propuesta va en esa dirección y contempla la posibilidad de que el acreedor tenga reconocida la facultad de resolver el contrato de manera unilateral siempre que se haga valer *en un plazo razonable* (art. 1182 y 1183)[33]. En este aspecto, no hay nada que se oponga a ello. Es sabido que corresponde en último término a la ley decidir si la eficacia constitutiva que el ejercicio de un derecho potestativo produce, depende de una mera declaración de voluntad o bien de una resolución de la autoridad judicial. Para ello no hay reglas fijas; solo criterios de oportunidad. Y, por lo tanto, es el legislador quien tiene que decidir en qué casos hay que acudir a la autoridad judicial para que, a través de un juicio contradictorio, a alguien se le reconozca el derecho a provocar un cambio en la relación jurídica de la que forma parte[34].

La propuesta se decanta por la primera de las soluciones. Según el artículo 1182, *la facultad de resolver el contrato ha de ejecutarse mediante notificación a la otra parte*. Con esta escueta pero elocuente afirmación despacha toda una vieja polémica que tenía, como telón de fondo el artículo 1124 CC. De ella se infiere que, dentro del conjunto de remedios establecidos frente al incumplimiento, al contratante en cuyo favor se concediese esta posibilidad le bastaría por tanto con comunicar su decisión a la otra parte, de donde se extrae que, a partir de ese momento, empezarían a producirse los efectos inherentes a la resolución; de esta manera la parte que desease mostrar su disconformidad con la situación creada por

---

[32] San Miguel Pradera, 2004, p. 403; San Miguel Pradera, 2011, *ADC* (4), p. 1685 y Fenoy Picón, 2011, *ADC* (4), p. 1481 y, desde la perspectiva jurisprudencial: Salas Carceller, 2015, p. 397.

[33] De ahí la previsión del artículo 1.183 de la propuesta que, siguiendo las sugerentes aportaciones de la doctrina, considera que la resolución solo debe proceder tras el *transcurso infructuoso de un plazo adecuado* señalado por el acreedor, transcurrido el cual se pierde la facultad de resolver: Pantaleón Prieto, *ADC*, p. 1733. Por nuestra parte consideramos la conveniencia de que se establezca un plazo concreto no vaya a ser que el diablo decida enredar y entre medias la otra parte se adelante y entable una acción judicial, bien para exigir el cumplimiento, o quién sabe si para optar ella misma por la resolución del contrato haciendo uso de la misma facultad.

[34] Chiovenda, 1936, p. 214.

dicha declaración de voluntad, tendría que ejercitar, en el supuesto de que la considerase improcedente, una acción para impugnarla acudiendo a los tribunales (art. 1182 PMR-23)[35].

Procesalmente por tanto se advierte una gran diferencia respecto del régimen actualmente vigente en el que para obtener la resolución judicial de un contrato. Esta es, por tanto, una de las principales novedades que se aprecian en la regulación contenida en la propuesta a que estamos haciendo referencia[36]. De ser así, con ello se invertirían los términos de la ecuación, de manera que de la *acción de resolución* se pasaría a la *acción de impugnación de la resolución* pues, de acuerdo al modelo que se propone, al sujeto afectado por el incumplimiento le sería suficiente con emitir una declaración de voluntad con la que se alcanzarían los mismos efectos que con aquélla, pues precisamente la protección jurídica que la propuesta pretende dispensar al perjudicado que pretenda la resolución por el incumplimiento consiste en eso[37].

La idea que parece estar detrás de todo este planteamiento es no dar por sentado que quien resuelve un contrato lo hace de mala fe sino con justa causa, por lo que no tiene sentido obligarle a recurrir a un medio de tanta complejidad, como sería el ejercicio de una acción, para lograr un efecto jurídico que quizás puede obtener de una forma mucho más sencilla. Suponemos que los redactores de la propuesta habrán pensado que esta manera de desvincularse del contrato refuerza la posición del sujeto en cuyo beneficio se concede esta facultad; y habrán pensado igualmente que el ejercicio unilateral de la facultad resolutoria realizada extrajudicialmente tiene la ventaja nada desdeñable de que evita, a quien se presenta inicialmente como perjudicado, tener que soportar los costes de obtenerla judicialmente[38]. Así pues, debería ser el contratante que hubiera negado el incumplimiento (o lo considerase improcedente o insufi-

---

[35] La distinción con las acciones constitutivas es clara: como señaló Chiovenda, en el caso de las acciones mero-declarativas, el juez debe limitarse a verificar lo que ya ha ocurrido («e avennuto») y extraer las consecuencias que, de acuerdo con la ley, se deriven de ello; en el caso de las acciones constitutivas deberá declarar qué es lo que debe ocurrir («debe avvenire») y, si entiende que la pretensión es fundada, operar el cambio: Chiovenda, 1936, p. 215.

[36] Morales Moreno, 2006, p. 31, Lasarte, 2014, p. 148 y Quicios Molina, 2024, p. 1527.

[37] Conviene recordar en este sentido que la propuesta, siguiendo el modelo europeo, parte de un concepto unitario de incumplimiento al que le se le asocia todo un sistema de remedios en el que no todos tienen que desembocar necesariamente en la resolución: Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993, p. 1723, Morales Moreno, 2006, p. 56 y Fenoy Picón, *ADC*, 2011, p. 1652.

[38] Sobre lo desventajoso que a veces resulta actuar como demandante, son ya clásicas las consideraciones de Bentham en las que se sopesa la presunción acreditada por la experiencia de que quien demanda es porque tiene razón, frente a los riesgos que procesalmente asume ante las amplísimas posibilidades defensivas de las que puede hacer uso el demandado: Bentham, 1971 (II), p. 12.

ciente) quien tendría, muy a su pesar, que soportar la carga de deducir una acción cuyo objeto sería precisamente pedirle al juez que determine si la otra parte obró bien o no lo hizo al resolver el contrato, lo que obviamente supondría que el órgano judicial tendría que entrar necesariamente a valorar las razones del fondo sobre la procedencia o no de la resolución así efectuada[39].

El objeto del proceso en tal caso vendría determinado por el ejercicio de una acción meramente declarativa, pues su finalidad no sería otra que la de pedir a la autoridad judicial que se pronunciase sobre el acto resolutorio previamente adoptado, haciendo desaparecer la incertidumbre creada y, en caso de que considerase que la pretensión es fundada, declarar improcedente la resolución. Por lo tanto, a pesar de ese ángulo muerto en que podría momentáneamente quedar la relación contractual por el silencio o la indiferencia del contratante a quien se imputase el incumplimiento, en principio eso no tendría por qué convertir en controvertida la cuestión, ni por supuesto debería constituir un motivo para que el perjudicado se viera en la necesidad de despejar la incertidumbre ejercitando una acción judicial con el fin de confirmar la resolución del contrato.

Como se verá seguidamente, al igual que sucede con los supuestos de anulación, si al titular del derecho se le reconoce la facultad de modificar por sí mismo una relación jurídica mediante una declaración unilateral, no necesitaría nada más para hacerlo; y de ser así, habría que suponer igualmente que en el supuesto de que mediara una impugnación frente a este acto resolutorio y ésta no llegase a prosperar, el contrato habría quedado igualmente resuelto, pero no por la resolución judicial, sino por la declaración que fue en su momento objeto de una eventual controversia, que sería meramente confirmatoria de la resolución ya producida[40].

En todo caso, la declaración de voluntad así realizada, si bien tendría el efecto de resolver la relación contractual, no ocurriría lo mismo con las consecuencias derivadas de ésta[41]. Está claro que la resolución, sea cual sea el modo en que se haya producido, extingue la relación jurídica, pero en modo alguna afecta a la restitución asociada a ella que puede dar lugar a una nueva pretensión que nazca de la misma resolución[42]. Así pues, como señala la propuesta, la resolución liberaría, pero no exoneraría a las partes del resto de las obligaciones que eventualmente resultaran de ella (art. 1184

---

[39] Esta es la consecuencia que extrae la STS 431/2013 (Roj 3679) ante un supuesto en que otorga la validez de la resolución extrajudicial previamente pactada en el contrato de contraventa de una vivienda.

[40] Gómez Calle, *ADC*, 2012, p. 71.

[41] Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993, p. 1734.

[42] Tuhr, 1998, p. 2049.

PMR-23); y quizás eso sea lo que haya llevado algún autor a sostener que la resolución simplemente transforma la relación jurídica mediante otra que obliga a la restitución y, a su vez, pretende la condena al pago de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento[43].

Pero que se extinga o se transforme, esto a nuestro juicio no altera la naturaleza constitutiva de la declaración extrajudicial, pues por medio de ella el contrato deja de ser como consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo que se le concede al sujeto. Por ello, lo que conviene dilucidar y la propuesta no termina de aclarar es si la facultad reconocida en el artículo 1182 es una mera facultad que el interesado puede o no hacer uso de ella, en cuyo caso podría seguir teniendo abierta la posibilidad de acudir directamente a los tribunales para resolver el contrato, o si está dando por sentado que únicamente cabe resolver el contrato haciendo uso de la facultad que dicho precepto le concedería; es decir, no sabemos qué debería ocurrir si quien dispone de esta facultad renuncia a ella y acude directamente a la vía judicial[44].

En cualquier otra hipótesis lo que procedería sería esperar a ver si la resolución del contrato así efectuado se convierte en controvertida, lo cual solo podría llegar a concretarse si la parte a quien se imputase el incumplimiento se opusiera interponiendo una demanda para impugnarla (STS 95/2015 [Roj 559])[45]. Así pues, lo que justificaría el ejercicio de este tipo de pretensiones sería la necesidad de eliminar la incertidumbre jurídica que, en relación con el contrato, haya podido provocar la declaración de resolución contractual[46]. De ello cabe deducir por lo tanto que el presupuesto material de esta hipotética acción declarativa de impugnación sería la decisión hecha por quien sufrió el incumplimiento a fin de que no quede la menor duda sobre su existencia, por lo que no se entendería (o se entendería mal) que, al combatir la causa de la resolución, el actor no dedujese al mismo tiempo una pretensión tendente a exigir el cumplimiento[47].

---

[43] Rodríguez-Rosado, 2013, p. 85.

[44] Algunos autores, como Rodríguez-Rosado, 2022, p. 996, opinan que de acuerdo con ello sería posible equiparar los efectos de la demanda a los efectos del ejercicio de la facultad que reconoce la propuesta; en nuestra opinión eso desvirtuaría la función asignada a la demanda en un proceso cuya función sería declarar un derecho preexistente; la demanda es la forma en que se solicita la tutela de un derecho, no es una forma de ejercitarlo, por lo que en modo alguno se le puede asignar el mismo efecto que a la declaración por la que resuelve el contrato.

[45] Tur Laúndez, *RDP*, 2024 (4), p. 23.

[46] Gómez Orbaneja, 1975, p. 78.

[47] La acción solo sería declarativa si fuere desestimatoria y llegase a confirmar la resolución contractual objeto de la impugnación, pero no en el supuesto de que fuera estimatoria si a ella se le hubiera acumulado una pretensión de condena: Chiovenda, 1936, p. 243.

IV. NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS A LA LUZ DEL DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN

1. LA NULIDAD DEL CONTRATO. FORMA DE DECLARARLA

Sería un atrevimiento por nuestra parte adentrarnos en un terreno que ya ha sido magistralmente analizado por la doctrina más especializada. Los grandes maestros del derecho civil ya pusieron las bases dogmáticas sobre lo que representa la nulidad y la trascendencia que tiene en el ordenamiento jurídico y que los lectores de esta revista conocen muy bien[48]. Por lo tanto, únicamente nos referiremos a ellas en la medida en que nos permitan exponer las ideas que nos proponemos considerar en relación con aquellos aspectos procesales que la nulidad ocasiona a la luz del texto que estamos comentando.

Sabemos que jurídicamente un negocio perfecto es aquel que reúne todos los requisitos para que despliegue plenamente sus efectos desde que nace a la vida del derecho; pero es lógico que, a pesar de ello, la ley contemple algunos supuestos en que nos encontremos con actos o negocios que, pudiendo ser imperfectos por faltarles alguno de los presupuestos necesarios para su validez, el derecho a pesar de ello los admita como si lo fueran[49]. Por eso, ordenamiento jurídico, no obstante, la imperfección de un determinado acto o de un negocio, a veces se muestra tolerante y, en la medida en que sea posible desde el punto de vista de su racionalidad, lo admite a pesar de sus vicios o de sus defectos. ¡No está el mundo hecho para tanta perfección!

Sin embargo, también es cierto que por mucha voluntad que el derecho quiera poner, hay determinadas situaciones que no consienten tanta imperfección. De esta forma, cuando la causa es irreparable o insubsanable o, en el mejor de los términos, «irremediable», en defecto de otros medios que determinen su nulidad «ipso iure», entra en juego el poder de los particulares para declarar absolutamente nulo y sin ningún efecto el negocio jurídico afectado por tales carencias o vicios, para lo cual cuenta, si tal hecho fuera objeto de discusión, del auxilio del Estado, encarnado en el poder judicial, a fin de que intervenga y actúe la voluntad de ley pronunciándose acerca de su nulidad[50].

---

48 De Castro, 1971, p. 471.
49 Díez-Picazo, 2007 (I), p. 586.
50 Carnelutti, 1955, p. 430.

Consciente de ello, la propuesta aborda de manera diferenciada el tratamiento jurídico de la nulidad absoluta respecto de la anulabilidad perdonable, tanto en cuanto a sus causas como en cuanto al procedimiento para obtenerla. De la nulidad se ocupa el artículo 1289 de la propuesta y establece que *se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo*. Y luego añade: *esta acción es imprescriptible*. De ahí se infiere que el texto opta por seguir manteniendo el modelo de declaración judicial en el caso de que la nulidad se pretenda hacer valer y que, por lo tanto, es tal la trascendencia que tiene la nulidad y son tan graves las consecuencias que acarrea en el mundo jurídico, que el Estado no renunciaría a seguir reservándose el derecho a declararla mediante un pronunciamiento jurisdiccional.

En el fondo es la manera que tiene el Estado de hacer que se cumplan determinadas normas, a las que se les da la consideración de imperativas, para proteger la integridad del ordenamiento jurídico y proteger los derechos de los interesados. Y en la medida que sabemos igualmente que un acto o negocio jurídico puede no existir, aunque parezca que existe, la acción tendente a obtener la nulidad es de naturaleza declarativa ya que, con ella, lo único que se pretende que el juzgado confirme lo que, a los ojos de la ley ya está sancionado, de modo que al actor le bastaría con una mera declaración a su favor para obtener la certeza de que lo es, *sin cambiarla ni añadirle nada*[51].

Esta forma abordar los problemas derivados de la nulidad que la propuesta incorpora tiene además la ventaja de que permitiría mantener la solución que acogió en su día la Ley de Enjuiciamiento Civil para tratar procesalmente aquellos supuestos en que el demandante, dando por supuesta la validez de un determinado negocio al deducir una determinada pretensión, se encontrara con que el demandado, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 408 LEC, se opusiera aduciendo hechos que pudieran determinar la *nulidad absoluta* del negocio en que aquélla se funda de manera la nulidad así declarada pudiera quedar alcanzada por los efectos de la cosa juzgada (art. 222 LEC)[52].

La acción dirigida a eliminar la incertidumbre motivada por una nulidad de pleno derecho cumple en el ámbito del derecho de obligaciones además una doble función en el supuesto de que, simultáneamente, se pretenda la restitución o la condena a daños y perjuicios derivada de dicha declaración (art. 1303 CC)[53]. En este

[51] De Castro, 1971, p. 483.
[52] Cortés Domínguez, 2024, p. 337.
[53] Díez-Picazo, 2007 (I), p. 592.

caso, la única novedad reseñable de la propuesta es que unifica el régimen relativo a la *restitución de las prestaciones* de modo que, anulado el contrato, la restitución deberá llevarse a cabo conforme al régimen establecido para la resolución del contrato (art. 1303 PMR-23)[54].

2. LA FACULTAD DE ANULAR EXTRAJUDICIALMENTE EL CONTRATO: NATURALEZA JURÍDICA Y CONSECUENCIAS PROCESALES. LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD: TRATAMIENTO PROCESAL

Como puso de relieve la doctrina, la lucha contra los males que ocasiona la *incertidumbre* cuando ésta se proyecta sobre las relaciones jurídicas no queda exclusivamente en manos de los tribunales; la ley puede decidir que sean los propios interesados quienes, en función del perjuicio que les cause o del interés que muestren, tomen la iniciativa de modificar un estado jurídico nuevo o extinguir el preexistente[55]. Sabemos que el proceso es el remedio más expeditivo para lograrlo, pero desde luego, no el único. Por eso, de conformidad con la tendencia ya manifestada en otros ordenamientos europeos respecto de esta posibilidad, la propuesta abre la oportunidad de dar entrada a un sistema que permita concederle al sujeto afectado *la facultad de anular* extrajudicialmente el contrato mediante una comunicación dirigida a la otra parte en la que exprese las razones en que se funde, otorgándole el derecho potestativo a modificar por sí mismo la situación jurídica como consecuencia del vicio sufrido y liberándole de la carga de tener que acudir a un proceso judicial para obtener su anulación (art. 1300 PMR-23)[56].

Desde el punto de vista sustantivo un sector de la doctrina ha venido sosteniendo que el fundamento de tal facultad se hallaría en el ejercicio de un sobreentendido derecho de «autotutela» que implícitamente dispondría el perjudicado para obtener la

[54] La doctrina procesal, por boca de CHIOVENDA, señaló que en estos casos podríamos encontrarnos ante *dos acciones combinadas*, una de carácter declarativo, y otra, acumulada, de condena, condicionada a que se hubiera declarado la nulidad: CHIOVENDA, 1936, p. 222. En el mismo sentido, DE CASTRO, 1971, p. 504, quien habla del *carácter doble* de esta acción, una principal, la declarativa, y en función de ella, la de condena (restitución). Sobre ello insiste la reciente STS 843/2025 (Roj 2391).

[55] FURNO, 1957, p. 8. Siguiendo la estela que en su día marcó la doctrina italiana, algunos destacados civilistas no han dudado incluir la declaración extrajudicial de anulación dentro de la categoría de negocios de *fijación* o de «accertamento» que, sin embargo, no se corresponde con los efectos que con ella se persiguen, como es la de provocar el cambio de una relación jurídica: DELGADO ECHEVERRÍA, *ADC*, 1976, p. 1025.

[56] Algunos autores consideraron que la tutela jurídica a través de la acción procesal resultaría innecesaria si el sujeto dispone de otros medios más sencillos y rápidos para alcanzar la misma finalidad, como sucedería en este caso: GOLDSCHMIDT, 2010, p. 94.

protección de su propio derecho, un derecho que del que podría hacer uso en la medida en que se entendiera que dicha facultad forma parte del conjunto de las atribuciones materiales que la ley le confiere[57]. Es verdad que, desde el punto de vista procesal esto sería tanto como tener que admitir que el ejercicio del derecho a solicitar la protección de un derecho forma parte del contenido material de las facultades que el ordenamiento jurídico material atribuye a su titular, pero esto es una batalla que lo procesalistas ya hemos dado por perdida[58].

Por lo tanto, caracterizaría a esta situación el hecho de que los efectos queridos por la ley se producirían a través una mera declaración de voluntad a la que sin duda habría que atribuirle *efectos constitutivos* ya que a través de ella se crearía un estado jurídico nuevo ante el que la otra parte quedaría sometido sin que nada pudiera hacer por evitarlo; de ahí que salvo que alguna otra norma lo exigiese expresamente, de conformidad con los términos de la propuesta, a partir de ese momento el contrato quedaría extinguido de pleno derecho y surgiría el correlativo derecho de la otra parte a oponerse judicialmente a la anulación así efectuada si es que la considerase infundada[59]. Procesalmente, la consecuencia que produciría esta forma de lograr la anulación del contrato, es que desplazaría el centro de gravedad de la controversia hacia la otra parte contratante quien, si no estuviera conforme, sería la que tendría que soportar la carga de impugnar judicialmente el acto resolutorio.

Lo único que quizás no quede tan claro es si estamos ante una facultad a la que se puede renunciar, de manera que la parte interesada podría acudir directamente a los tribunales para declararla judicialmente, o no (art. 1308 PMR-23)[60]; es decir si cabe la posibilidad de que esta facultad se pudiese hacer valer igualmente a través de una acción constitutiva autónoma y que, en lugar hacer

---

[57] Jerez Delgado, 2011, p. 58 y 73. En todo caso, no debemos confundir esta forma de ejercicio de un derecho con lo que en términos generales se conoce procesalmente como *autotutela*, entendido este término como sinónimo de la acción de tomarse la justicia por su mano: Alcalá-Zamora y Castillo, 1991, p. 35.

[58] De ser así, como señalara Gómez Orbaneja, no había manera de distinguir entre el ejercicio de un derecho en cuanto acto diamante del conjunto de facultades que la ley otorga a su titular, como el goce o el disfrute de la cosa, del acto por el cual se hace valer esa facultad en el proceso: Gómez Orbaneja, 1975, p. 15.

[59] Un análisis exhaustivo sobre la controvertida cuestión acerca de la naturaleza constitutiva o declarativa de la acción de anulabilidad y los efectos que la sentencia produciría en el supuesto de que se acogiera una u otra solución, se encuentra en Cañizares, 2001, p. 56. Un sector de la doctrina procesal siempre entendió que la atribución de los efectos *ex nunc* a una determinada sentencia no convierte sin más una acción constitutiva en una acción declarativa: Prieto-Castro, 1964, p. 136.

[60] En nuestro país, un sector doctrinal opina que el modelo de anulación extrajudicial puede perfectamente coexistir con el modelo de declaración judicial; en particular: Jerez Delgado, 2011, p. 97.

uso de dicha facultad, decidiera acudir directamente a la jurisdicción para obtener la anulación de su contrato. En definitiva, lo que en realidad estaría contemplando la propuesta sería una suerte de *derecho sin acción*, esto es, del ejercicio de un derecho para cuyo ejercicio no sería preciso acudir a los tribunales pues para alcanzar la satisfacción jurídica que la norma pretende otorgar a su titular no necesitaría entablar proceso alguno; simplemente le bastaría con hacerlo valer en la forma en que se ha indicado[61].

Es evidente por tanto que siempre que se ejercitarse en el tiempo concedido para ello y de no mediar confirmación, el ejercicio de este derecho tendría, los efectos típicamente constitutivos que la doctrina asignaría a cualquier pretensión judicial de naturaleza similar en la medida en que, a través de ella, su titular obtendría la anulación y la consiguiente extinción de la relación jurídica objeto de controversia (art. 1301 PMR-23). En todo caso, que el ejercicio de esta facultad no precise conformidad de la otra parte, no significa que el contratante interpelado deba sentirse vinculado por ella. En este aspecto, tal como está diseñado el sistema, correspondería a la parte contraria la necesidad de oponerse y, en su caso, aunque fuera de manera diferida, impugnarla jurisdiccionalmente.

En este aspecto, y para evitar que quien ejercita esta facultad pueda llegar a convertirse en juez de su propia causa, la parte que pretendiese obtener la anulación tendría la obligación de expresar las *razones en las que se funde*. Así pues, la parte frente a la que se dirigiese la comunicación, si no considerase suficientemente relevantes las causas aducidas, tendría abierta la posibilidad de acudir a los tribunales para que fuera la autoridad judicial quien se pronunciase de una manera definitiva acerca de si la anulación así efectuada es procedente o no lo es, lo que, de estimarse la impugnación, determinaría obviamente el restablecimiento de la validez del contrato[62].

Todo ello no sería obstáculo para que la cuestión acerca de la validez del contrato pudiese, al igual que ahora, suscitarse directamente en un contexto jurisdiccional, especialmente si la anulabilidad se hace valer por medio de *excepción* frente a una hipotética demanda de cumplimiento (art. 1300 PMR-23). La única particularidad reside es que con ello el demandado, más que ejercer un derecho, lo haría valer, pues, a menos que dedujera esta cuestión por *reconvención*, con mera excepción no estaría

---

61 Chiovenda, 1936, pp. 15 y 222 y Carnelutti, 1973, p. 31.

62 Conviene recordar que con la acción de pura declaración como sería ésta, no se ejercita pretensión material alguna; se trata simplemente de una acción de impugnación fundada en el interés por mantener la vigencia del contrato: Gómez Orbaneja, 1975, p. 77.

pidiendo un pronunciamiento judicial expreso sobre la anulación, sino oponiéndose a la demanda en que se ejercitase una pretensión de cumplimiento fundada en un contrato que el demandado considerase nulo[63]. Si así fuera, y dado que con la excepción no se pide más que la desestimación de la demanda, quizás lo lógico fuera extender el trámite previsto en el artículo 408 de LEC al que nos acabamos de referir, también a los motivos de nulidad relativa, a fin de que la eventual sentencia que se pronunciase sobre la causa de anulación produjera los efectos de cosa juzgada, si es que tal opción es procesalmente atendible pues del tenor literal de dicho precepto solo está previsto para los supuestos de nulidad absoluta. Y aunque siempre hemos defendido esta interpretación, nuestra razón enflaquece a la vista de las opiniones que esgrime una parte de la doctrina que aboga por una solución que incluya ambos supuestos, los de nulidad y los de anulabilidad[64].

V. ADAPTACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO POR CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS: *REBUS SIC STANTIBUS*. NATURALEZA DE LA SENTENCIA QUE ADAPTA EL CONTRATO: ALCANCE DE LA COSA JUZGADA

Pocas instituciones jurídicas acapararon tanta atención durante el estado de alarma acordado durante la pandemia como la cláusula *rebus sic stantibus*. Y no era para menos. Esta circunstancia tenía la suficiente entidad como para justificar su aplicación durante este periodo tan trágico y complicado[65]. En nuestro país, además, dio lugar a que se reabriera el debate sobre la necesidad de que se incorporase de inmediato al Código civil tal como ya han hecho otros ordenamientos jurídicos y como demandaba con insistencia un sector de la doctrina[66]. Los devastadores efectos que las riadas

---

[63] Cortés Domínguez, 2024, p. 338. Algo parecido sucede con la excepción de *compensación* que la ley permite que pueda ser controvertida por el actor, en cuyo caso se le concede un trámite adicional para contestarla (art. 408 LEC). La propuesta permite que la compensación se pueda hacer valer extrajudicialmente, pero también mediante la oportuna excepción (art. 1167 PMR-23). Sin embargo, como sabemos, si lo que se pretendiese fuera la condena por la cantidad resultante debe hacerse por reconvención.

[64] Díez-Picazo Giménez, 2001, p. 686. En el mismo sentido, López y López, 2022, p. 593.

[65] La jurisprudencia de estos años acepta que esta cuestión pueda suscitarse en un proceso ya iniciado como motivo de oposición a una demanda que pretenda el cumplimiento del contrato si bien condicionado a que se formule la cuestión por medio de *reconvención*. Pero, tratándose de una cuestión que afecta al contenido del contrato, la mera alegación por vía de excepción no sería suficiente (SSTS 1069/2024 [Roj 4151] y 1070/2024 [Roj 4153]).

[66] Orduña Moreno, Martínez Velencoso, Madrid, 2017, Gregoraci Fernández, 2022, p. 496 y desde una perspectiva procesal: Pérez Daudí, Barral Viñals, 2022.

han provocado en el litoral valenciano y la incidencia que han tenido en la población han vuelto a situar esta cuestión en el centro del debate y desde la doctrina se sigue reclamando una reforma legislativa que dé contenido positivo a esta solución jurisprudencial. Así pues, más allá de los pronunciamientos judiciales habidos durante estos últimos años, parece lógico que los redactores de la propuesta hubieran aprovechado esta ocasión para incluir un mecanismo específico y alternativo que permitiera adaptar el contrato a las nuevas circunstancias a través de una solución negociada que diera la posibilidad de revisar el contenido del contrato fuera de los estrechos cauces en los que normalmente esta cuestión se suscita (art. 1238 PMR-23)[67].

Como es de sobra conocido, esta materia tuvo un auge extraordinariamente importante entre los civilistas alemanes tras la crisis económica surgida tras la primera guerra mundial y, junto a la facultad genérica de poder hacer frente las circunstancias causantes de la desaparición de la base del negocio o ante la imposibilidad excesivamente onerosa de la prestación, ante la ausencia de una norma específica, la doctrina empezó a considerar la posibilidad de que se reconociera a la parte perjudicada el derecho a solicitar judicialmente la modificación de las condiciones de los contratos afectados por las causas o motivos que en cada caso estableciera el legislador[68].

La solución no era fácil y se enfrentaba a grandes dificultades. Hay que tener en cuenta que el principio de conservación de lo pactado constituye uno de los pilares esenciales de nuestro sistema y solo excepcionalmente se ha admitido esta posibilidad siempre que se apreciaran motivos que arruinaran el fin del negocio imaginado por los contratantes; no hay remontarse a la filosofía kantiana para saber que el cumplimiento de la palabra dada sigue constituyendo uno de los imperativos esenciales del comportamiento humano por lo que no siempre se ha visto con buenos ojos que la revisión de los contratos forme parte de manera permanente del derecho de obligaciones[69]. Así pues, el tema no es nada pacífico[70].

Pero lo cierto es que dese hace ya tiempo la doctrina española se había pronunciado en favor de su inclusión en el Código civil con el fin hacer frente a tres supuestos: la excesiva dificultad de la prestación, la destrucción de la relación de equivalencia y la frustración

---

67 San Miguel Pradera, *ADC*, 2023 (3), p. 1057.

68 Larenz, 1958, p. 319. Sobre ello también: Legerén-Molina, *ADC*, 2023 (3), p. 1085.

69 Larenz, 2022, p. 206.

70 Quicios Molina, 2024, p. 1768.

del fin del contrato[71]. En esta misma dirección va el contenido de la propuesta de este modo que concurriendo los presupuestos materiales que esta normativa contempla, la parte que se presentase como perjudicada por el cambio de circunstancias y, por ende, quien manifestase la imposibilidad de cumplir sus obligaciones con arreglo al contrato, tendría en primer lugar que intentar llegar a un acuerdo y, de no lograrlo, solicitar judicialmente la adaptación o la resolución el contrato, de manera que, en último extremo, fuera la autoridad judicial quien decidiera lo que fuera procedente, *según lo que le sea pedido* (art. 1238 PMR-23)[72].

Por eso, más allá de las consideraciones de orden dogmático y que predisponen a su buena acogida, nos limitaremos a analizar las repercusiones que pudiera llegar a tener la regulación contenida en la propuesta en el ámbito procesal en la hipótesis de que hubieran fracasado los medios extrajudiciales tendentes a lograr una solución fruto de un acuerdo entre ambas partes. Así pues, los redactores de la propuesta no han renunciado a que la decisión, bien sea para revisar el contenido del contrato o bien para resolverlo, se adopte de mutuo acuerdo, hasta el punto de que la parte que haya rehusado negociar o haya roto las negociaciones en contra de la buena fe (STS 535/2025 [Roj 1629]), vendría obligada a indemnizar a la otra el daño que, por esta razón, le hubiere causado. Pero, subsidiariamente, el apartado 4 de dicho precepto dispone lo siguiente:

Si las partes no alcanzan un acuerdo en un periodo de tiempo razonable, la autoridad judicial, según lo que le sea pedido en cada caso, podrá adaptar el contrato o declararlo resuelto y adaptará el contrato si, a partir de la propuesta o propuestas de adaptación que le sean ofrecidas por las partes, es posible obtener una solución que distribuya entre ellas, de modo equitativo, las pérdidas y ganancias resultantes del cambio. De no ser posible la adaptación, declarará resuelto el contrato, estableciendo la fecha y las condiciones.

Por lo tanto, en el caso de que hayan fracasado dichas negociaciones, la propuesta prevé que sea la autoridad judicial la que, a través proceso autónomo, imponga su adaptación o su resolución, lo cual en principio se hacer depender del interés expresado por la parte en cuyo beneficio se concede esta facultad; de ahí

[71] De Castro, 1971, p. 314, Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993, p. 1730, Díez-Picazo, 2007 (II), p. 688 y Salvador Coderch, *BMJ*, 2011, p. 37. Un análisis de cómo influiría la teoría de la causa en esta materia: Morales Moreno, *RDC*, 2024 (4), p. 128.

[72] Sobre este principio de congruencia en relación con las soluciones acogidas en otros países: San Miguel Pradera, 2023, p. 1078.

que, en este aspecto, se haya introducido como elemento rector de la solución judicial el principio de *congruencia* que no sabemos hasta qué punto es relevante pero que parece que es un criterio que la norma exige que se tenga en cuenta[73]. Entendemos que en el caso de que haya pedido la adaptación y el órgano judicial considerase que se dan los requisitos para ello, la tendría que acordar si, a partir de la propuestas manifestadas por las partes, fuera posible llegar a una solución que permitiera distribuir, *de modo equitativo* las *pérdidas* y *ganancias* que el cambio de circunstancias les haya causado, pues en último extremo todo dependería de lo que finalmente acordase el juzgador; de no ser posible la adaptación, entonces declararía resuelto el contrato siempre que hubiera motivos para ello y, en su caso, establecería las consecuencias correspondientes a esta resolución.

La propuesta no expresa sin embargo cuál debería ser el cauce procesal al que habría que acudir para hacer valer dicha pretensión y, quizás, por la índole sustantiva de la reforma probablemente sea lógico que no lo haya hecho. Pero dado el contenido de la solución que, como vemos, puede desembocar en una resolución contractual o en una decisión judicial que podría afectar al contenido material del contrato, quizás lo más adecuado fuera que la aquella decisión resultase de un proceso contencioso al que se llegase mediante el ejercicio de una acción necesariamente constitutiva. No se olvide que, al fin y al cabo, lo que se pretende obtener a través de la sentencia es la modificación de las condiciones esenciales de un negocio previamente acordado, algo que en principio solo puede obtenerse a través del ejercicio de una pretensión de esta naturaleza[74].

Pero la particularidad de este proceso residiría, no tanto en la naturaleza de la acción, sino en las características de la sentencia, toda vez que, a diferencia del resto de las que resultan del ejercicio de acciones constitutivas en las que el juzgador básicamente se limita a constatar si el demandante tiene o no derecho potestativo a obtener el cambio de la relación jurídica, en este tipo de acciones el juzgador vendría obligado a dar contenido sustantivo al contrato objeto de la controversia, bien para adaptarlo o, en su caso, para resolverlo. A esta especial categoría de sentencias, la doctrina las

[73] Gregoraci Fernández, 2022, p. 504.

[74] Otra solución podría haber sido la de establecer un procedimiento específico de «jurisdicción voluntaria» y, en el caso de que hubiera oposición, transformarlo en un proceso contencioso, algo que los redactores en principio no han contemplado; hay que tener en cuenta que la ley reguladora de la jurisdicción voluntaria no la configura como una jurisdicción abierta que permita, a través de ella, la tramitación de cualquier petición que el solicitante piense que tiene esa naturaleza, por lo que para ello debería establecerse un procedimiento específico a tal efecto.

denominó *sentencias determinativas* o *dispositivas*. Este tipo de sentencias fueron descritas para tratar de explicar el fenómeno en que se encuentra el órgano judicial ante ciertas relaciones jurídicas en las que la ley le atribuye un mayor margen de discrecionalidad para definir o conformar la consecuencia jurídica respecto de una situación dada[75]. En estos casos, tal como puso de relieve Calamandrei, el juez *debe querer en lugar de la ley*, de forma que la sentencia está llamada a cumplir una doble función, no solo la de aplicar la ley a la situación de hecho objeto del litigio, lo que estaría en la línea de lo que es propiamente una actividad jurisdiccional, sino a darle un componente sustantivo que acabaría por integrarse en la misma relación jurídica controvertida, completando así algunos aspectos de ella de manera que sirva de regla de conducta o de criterio jurídico para regularla de cara al futuro[76]; de ahí que algunos autores consideraran que la sentencia en estos supuestos tendría una naturaleza mixta o híbrida, en donde una parte sería de *jurisdicción voluntaria*, sobre la cual, obviamente, no se extenderían los efectos de la cosa juzgada[77].

En nuestra opinión, partiendo de la base de que procesalmente estamos ante una *sentencia constitutiva incompleta*, la cuestión, quizás civil, pero en todo caso importante para un procesalista, sería la de saber cuál debería ser la labor de la autoridad judicial: ¿Qué alcance debería tener su decisión? ¿Bastaría con que actuara como aquel *buen samaritano* y saliera en socorro de quien se encuentra ante una situación no querida ni buscada, pero con único fin de que la autoridad judicial le permitiera superar la crisis que ha originado la imposibilidad en el cumplimiento? El tema es difícil; pero un sector de la doctrina entendió que lo procedente en estos casos sería que el juez actuara como si fuera legislador[78]. Esta solución, que no deja de evocar aquella solución propuesta por el célebre fragmento del código civil suizo, llevaría juez a poder resolver la cuestión según las reglas que hipotéticamente acordaría si fuera legislador, pero probablemente como un legislador «ad hoc», esto es, con los pies en la tierra, y en donde la discrecionalidad estuviera más estrechamente emparentada con la *equidad*, tal

---

[75] Chiovenda, 1936, p. 277. Un desarrollo sobre el fundamento doctrinal y los antecedentes de este tipo de sentencias se encuentra en Raselli, 1950, p. 604 y en Zafra Valverde, 1962, p. 343.

[76] Tal es el ámbito que un sector de la doctrina asigna a este tipo de *sentencias dispositivas* en la que el órgano judicial tendría atribuida una suerte de potestad discrecional para terminar de constituir de manera autónoma la relación controvertida: Carnelutti, 1973, p. 65 y Prieto-Castro, 1964, p. 130.

[77] Calamandrei, 1961, p. 42.

[78] En este sentido, Larenz que admite que en el supuesto de haya una ley que justifique su intervención en este tipo de casos debería limitarse a actuar como lo haría el legislador en una situación de emergencia: Larenz, 2022, p. 206.

como ocurre en los escasos casos en los que el propio Código civil así lo permite[79].

De ahí que en lo que concierne al ámbito de la revisión de los contratos por este tipo de causas probablemente debería limitarse a procurar el equilibrio de las prestaciones entre las partes en función de las circunstancias que hubieran determinado el motivo por el que se solicita la pretensión de adaptación, pero no como el juzgador personalmente crea que deberían quedar reguladas de cara al futuro las relaciones entre ambos contratantes. Por lo tanto, su objeto, tendría que quedar reducido a encontrar una solución que permitiese a las partes superar la situación creada por las circunstancias que la han motivado, porque, de no ser así, se correría el riesgo de que, so pretexto de una situación difícil, todo el mundo quisiera tener la posibilidad de intentar modificar los contratos en virtud de esta cláusula (art. 1197 PMR-23)[80].

VI. LA PRUEBA PROCESAL Y LA PRUEBA CIVIL: LA AMBIVALENTE NATURALEZA DEL DOCUMENTO Y LA RAZÓN DE SU PRIVILEGIADO VALOR PROBATORIO. EL DOCUMENTO CONSTITUTIVO COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA

Quizás debieron ser razones prácticas las que históricamente aconsejaron incluir las normas procesales, entonces solo formales, en un cuerpo legal diferente a las destinadas a regular las condiciones materiales para el ejercicio de los derechos, pero como sabemos esto no es un elemento concluyente para determinar la naturaleza sustantiva o procesal de una norma[81]. Pero si ha habido una materia donde esta cuestión ha tenido una especial incidencia es precisamente en torno a las normas sobre la prueba, lo cual es algo que uno llega a comprender. Por eso no parece tan extraño que una persona tan sensata como Pothier pensase que lo lógico fuera

[79] Como es de sobra conocido, la originalidad de la fórmula preconizada por el Código civil de 1907 venía dada porque fue la precursora de un sistema interpretativo que permitía al juez integrar las lagunas del derecho como lo hubiera hecho el legislador: Latorre, 2019, p. 94. Por otra parte, el recurso a la equidad como fuente inmediata del derecho siempre se ha considerado de forma muy restrictiva; no hay más que recordar que, de acuerdo al artículo 3 del CC, la equidad como fuente exclusiva de las decisiones judiciales requiere de una norma expresamente atributiva como, por ejemplo, sucede en los supuestos previstos en los artículos 1154 o 1690 CC: Batlle, 1978, p. 86.

[80] Probablemente, naturaleza similar es la que habría que asignar a la actuación judicial cuando lo que se pretenda fuera la de modificar las *penas convencionales* en el caso de que su cuantía sea notoriamente desproporcionada en relación con el daño efectivamente sufrido (art. 1197 PMR-23).

[81] Serra Domínguez, 1993, p. 40.

incorporar las normas que regulan la prueba de las obligaciones en el mismo lugar en que éstas se regulan[82]. Así ocurrió originariamente en el Código civil español cuando incluyó en la regulación de las obligaciones, previsiones específicas sobre su prueba, y más específicamente en relación con la prueba de aquellos actos o negocios donde nacen o en las que se contienen y se hacen constar obligaciones entre dos partes. Sin embargo, tal incorporación no fue todo lo completa que debiera; tanto es así que algún insigne procesalista español dijo que para estudiar la regulación del Código Civil sobre la prueba documental lo mejor era consultar directamente las obras de los juristas franceses de la época[83].

Por eso, es normal que sobre lo que sea el documento y cuestión acerca la naturaleza que deba tener, exista siempre el mismo debate, pues si procesalmente todo el mundo está de acuerdo en que los documentos cumplen la misma función que el resto de los medios de prueba, es decir, son medios que, sea cual sea la forma que adopten, sirven para trasladar a la autoridad judicial una información sobre el hecho representado[84], es indudable que desde punto de vista sustantivo se equiparan a un medio o instrumento que tiene por objeto constituir actos o negocios jurídicos de naturaleza dispositiva o para desempeñar funciones de naturaleza declarativa sin cuya existencia carecerían de eficacia[85].

Y desde luego no cabe duda de que si la prueba, cualquier prueba, sirve para representar un hecho, el documento cumple esa doble función, procesal y sustantiva; primero por cuanto sirve para dotar a determinados negocios jurídicos del elemento formal necesario para su validez, de manera que con ellos nacen a la vida del derecho, y, en segundo lugar, como medio de informar al juez, de forma estable y permanente, el hecho representado que es objeto de la controversia, por lo que en modo alguno puede prescindirse del gran valor probatorio de los documentos[86].

En este sentido, esto no ocurre en todos los casos; hay que tener en cuenta que el documento a veces solo es capaz de proporcionar un rastro o vestigio de la verdad que con él se trata de probar o de representar, siendo así que la función del proceso sea precisamente recomponerla a base lo poco o lo mucho que a través de él se haya podido deducir o acreditar[87]. Por lo tanto, aunque

---

[82] Bonnier, 1913, p. 8.
[83] Prieto-Castro, 1985 (I), p. 708.
[84] Carnelutti, 1982, p. 102.
[85] Guasp, 1977, p. 392.
[86] Núñez Lagos, 1986, p. 195.
[87] Muchas veces la función del juez es parecida a la de un historiador o un arqueólogo que viene obligado a reconstruir la realidad con los medios de prueba que tenga: Calamandrei, 1962, p. 123.

muchas veces la prueba no recaiga sobre el hecho documentado sino sobre el que da vida a la relación jurídica objeto de la pretensión que se hace valer, una parte de la doctrina ha querido equiparar al documento bajo la noción de lo que se conoce como *prueba preconstituida*[88]. Entre ambas se da una relación de dependencia o de subsidiaridad, que es lo permite conectar una actividad típicamente procesal con una actividad anterior regulada por la legislación material del acto; es más, aunque respondan a finalidades distintas, en la mayor parte de los casos ocupan procesalmente en el mismo espacio, pues en la mayoría de los casos la formación del documento responde a una acción premeditada y con una intencionalidad claramente procesal[89].

Aunque es evidente que no siempre que se documenta un acto se hace con esta intención, la constitución previa de un determinado medio de prueba hecha con el fin de asegurar un derecho o de darle vida, ha formado parte de la propia dinámica de las relaciones jurídicas y, en general, de las exigencias del tráfico jurídico, pues, en el fondo, es el medio más seguro de proporcionar certidumbre a las relaciones entre las partes y garantizar su defensa ante un eventual proceso[90]. Es tal la importancia que tienen los documentos en la vida de las relaciones jurídico-privadas que a pesar del principio «espiritualista» que animaba al legislador español de la época, la prueba documental sigue estando considerada como *la reina de las pruebas*, sobre todo en determinados asuntos en que la ley exige que el hecho controvertido solo pueda ser acreditado a través de un documento (por ejemplo, en el juicio de desahucio por falta de pago)[91]. Tanto es así que se llegaron incluso a establecer normas que, si no obligaban, aconsejaban al juez a que no diera por probados hechos que por lo general suelen documentarse en escrituras o documentos[92].

---

[88] El origen del término se debe a la traducción que del concepto *preappointed* llevó a cabo DUMONT cuando publicó en Francia la obra de Jeremías BENTHAM [«Rationale of judicial evidence»]. Sin embargo, BENTHAM lo usa para referirse a aquellos documentos de naturaleza constitutiva, esto es, los que sirven para formalizar actos para cuya validez es preciso que adopten una solemnidad determinada sin la cual carecen de eficacia (tal como ocurriría con la previsión contenida en el artículo 1227 PMR-23). El hecho de que este autor contraponga la prueba *preconstituida* a la prueba casual ha hecho que su utilización se haya extendido a todos aquellos documentos que tengan por finalidad prevenir una controversia de cara al futuro (no para anticiparla): BENTHAM, 1971 (I), p. 32 (nota 2) y 233. Con posterioridad, la jurisprudencia constitucional lo incorporó al proceso penal para poder explicar la validez de las pruebas que por su naturaleza deben anticiparse a la fase de instrucción ante la imposibilidad de practicarse en el juicio oral.

[89] COUTURE, 1998, p. 52.

[90] GÓMEZ ORBANEJA, 2009, p. 315.

[91] Sobre la tradicional exclusión de la prueba de testigos en los negocios en que suelen prevalecer escrituras y, en general, sobre el principio de que *escritos vencen testigos*: BONNIER, 1913, p. 206.

[92] DE CASTRO, 1971, p. 287.

Por eso, el artículo 1151 de la propuesta podría dar a entender de que sería posible utilizar cualquier medio de prueba para acreditar, no solo el pago sino cualquier acto o negocio que sustantivamente requiriera una forma determinada; quizás con ello se haya querido decir que, aun no existiendo documento alguno en que aquél deba constar, el hecho pudiera ser susceptible de ser probado de otra manera. Pero, a pesar de ello, esto puede acabar devaluando la función del documento como *fuente de prueba* de determinadas obligaciones y, por lo tanto, perdiendo la eficacia privilegiada que siempre le ha caracterizado como *medio de prueba*[93]. En este sentido, lo que no resulta fácil de averiguar es si la exigencia de que un determinado acto o negocio deba hacerse en un tipo u otro de documento responde solo a una finalidad sustantiva y, por lo tanto, no haciéndolo, el hecho puede a llegar a considerarse como no existente o, en cambio, se le tiene que dar como existente, sin perjuicio de que su prueba pudiera llevarse a cabo por otro tipo de medios, de modo que en este último caso lo que haría únicamente el documento es facilitar su eventual acreditación en caso de controversia[94].

Seguramente toda esta problemática hiciera que un sector de la doctrina se viera en la necesidad de tener que distinguir entre documentos dispositivos o constitutivos de actos y negocios y documentos de naturaleza puramente testimonial o meramente informativos[95]. Los primeros gozarían de plena eficacia entre las partes mientras no se discutiera una posible discrepancia entre la voluntad manifestada y la reflejada en el documento, y los segundos que se crearían con una finalidad estrictamente procesal y no tendrían más valor que aquel que en cada caso le quiera dar el órgano judicial, aunque en el fondo no son más que las dos caras de la misma moneda[96].

Y es precisamente por ello por lo que tradicionalmente todos estos problemas se hayan querido sortear a través de los documentos notariales, especialmente las escrituras públicas, que desde

---

[93] La distinción entre *medio de prueba* y *fuente de prueba* se utiliza en el ámbito procesal para tratar de explicar aquella situación, por lo demás habitual, en la que el juez no ha estado en contacto directo con el hecho controvertido y tiene que acudir a remedios indirectos para lograr su convicción; así medio de prueba sería el testigo y la fuente de prueba, su declaración; sin embargo, no todos los autores entienden esta distinción de la misma manera, especialmente Carnelutti, que ha logrado introducir, probablemente sin quererlo, una gran confusión en torno a estos dos conceptos: Carnelutti: 1982, p. 79 y 197.

[94] Gómez Orbaneja, 2009, p. 92. En contra Guasp quien, a su entender, no cabe poner en duda la autonomía probatoria de los documentos ya que su función es hacer llegar al tribunal los datos contenidos en ellos con el fin de fundar su convicción: Guasp, 1947, p. 533.

[95] Serra Domínguez, 2000, p. 231.

[96] Gómez Orbaneja, 2009, p. 316.

siempre han gozado del favor de quienes recurrían a ellas precisamente para evitar los inconvenientes que supondría dejar al juzgador la tarea de valorar por su cuenta el hecho y la interpretación de las disposiciones que en él se contienen[97]. Porque en general, constando en un documento público, resulta más difícil que alguien llegue siquiera a poner en duda la existencia misma del hecho que lo motiva, algo que no sucede con el documento privado pues, como se ha subrayado acertadamente, en muchas ocasiones en éstos casos no importa tanto *lo producido* (el documento), como *el producirse*, esto es, el hecho mismo de decidir que el acto se documente[98].

Por eso el distinto alcance que se haya que dar al tratamiento procesal que deba tener la interpretación las declaraciones de voluntad consignadas en los documentos pues esta cuestión nada tiene ver con la prueba de la existencia de las declaraciones o manifestaciones que el documento contenga[99]. Y es fácil advertir que en la mayoría de los casos el origen de muchos pleitos suele estar centrados, sobre todo, en cómo se valora el contenido de las declaraciones recogidas en los documentos, lo cual hace que éstas se conviertan en definitiva en el verdadero hecho a probar («scripti controversia»).

A mi modo de ver, la regulación que ofrece la propuesta no niega que determinados documentos tengan una eficacia netamente constitutiva (art. 1127 PMR-23). Más aun, probablemente las precisiones contenidas en ella no tengan más pretensión que dotarle de un valor meramente simbólico o residual, que ni siquiera daría para alimentar viejas controversias sobre el alcance de la intervención de los notarios, pues como sabemos, al menos en lo que se refiere a las escrituras públicas, ellos con su intervención ponen algo más que la fe pública[100]. Aun así, una regulación tan poco pormenorizada puede llegar a generar problemas. Conviene recordar que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, corrigiendo en parte los inconvenientes derivados de esa duplicidad normativa que existía antes de su aprobación, intentó encontrar un adecuado equilibrio entre ambos aspectos, dejando que fuera la legislación notarial la que se ocupara de los requisitos que han de reunir los documentos públicos autorizados por estos profesionales (art. 1216 CC). Parece que la propuesta, al igual que hace el

---

97 Por eso decía Ihering, para destacar las ventajas de los elementos formales en la constitución de las obligaciones o de los actos personales con trascendencia jurídica, que *la escritura oficial es la expresión más perfecta de la forma escrita*: Ihering, 2011, p. 525.

98 Núñez Lagos, 1986, p. 197.

99 Fenech, 1962, p. 642.

100 Álvarez-Sala Walter, *AFDUAM*, 2004, p. 260.

actual artículo 1218 CC al referirse a los documentos públicos, quizás esté pensando en dar carta de naturaleza a aquellos documentos notariales en los que se hacen constar los negocios jurídicos, pero únicamente con el fin de referirse a su fuerza probatoria (art. 1268 PMR-23)[101].

Hay que tener en cuenta que el valor privilegiado de la prueba documental, sobre todo cuando por ejemplo el hecho viene incorporado a un documento notarial, responde a una máxima de experiencia que hunde sus raíces en la especial y reconocida consideración que tienen estos profesionales y que, por extensión, el Código civil ampliaba sin ningún tipo de criterio diferenciador al resto de los funcionarios públicos[102]. De ahí lo pertinente de las precisiones y cautelas que, en relación con los documentos administrativos, contiene la LEC y que la doctrina procesal únicamente llega a equiparar a la categoría de meras verdades interinas (art. 319 LEC)[103].

Pero si nos fijamos, la eficacia vinculante de esta prueba no resulta de la solemnidad formal del instrumento, ni por supuesto del efecto constitutivo que se le asigne, sino en el valor que, como prueba legal, tenga la declaración contendida en ellos (art. 1218 CC)[104]. ¿Acaso eso no tiene una función procesal? No cabe duda de que, al igual que los demás medios de prueba, el documento no es más que una forma de hacerle llegar al juzgador una información enormemente valiosa para formar su convicción, especialmente cuando su creación coincide con el nacimiento de la relación jurídica. Ya sabemos que el peor enemigo de la prueba es el paso del tiempo; este es el motivo por el que documentos adquirieron históricamente tanta importancia. El documento guarda en su memoria mucho más de lo que se piensa, razón por la que le concede más valor de lo que un testigo o una parte pueden retener en la suya[105].

---

[101] Aunque parezca que se trata de una expresión arcaizante, cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil señala en su artículo 319 que dichos documentos harán *prueba plena*, lo que en realidad está diciendo es que el juzgador apenas si tiene margen de libertad en la valoración del hecho que acredita ya que considera que, por sí mismo, es suficiente expresivo como para dar por probado el hecho al que se refiera. Anotemos en este punto que la propuesta mantiene en su artículo 1688 el criterio tradicional ya defendido por De Castro y elude hablar de «prueba plena», en su opinión, *con el fin de acabar con las confusiones y dudas que de siempre originara el calificativo «plena»*: De Castro, 1971, p. 309.

[102] Cordón Moreno, 1991, p. 137.

[103] Cortés Domínguez, 2024, p. 267.

[104] Los clásicos decían que cuando alguien reconoce «*contra se*» un hecho que le perjudica es porque le impele la fuerza de la verdad, una fuerza tan poderosa que es capaz de vencer la tendencia natural de cualquier persona a ocultar su responsabilidad. Sobre ello: Furno, 1954, p. 130.

[105] Núñez Lagos, 1986, p. 194.

Por esa razón, como señaló en su día Gómez Orbaneja, siendo verdad que cuando el juez examina la declaración de un testigo realiza un acto procesalmente idéntico a cuando examina el contenido de un documento, hay sin embargo una gran diferencia; en el caso del documento el juez recibe algo que desde hace tiempo está definitivamente hecho y terminado; ni la acción del tiempo ni las vicisitudes posteriores ni los intereses surgidos con posterioridad pueden ya alterar su contenido[106]. De ahí que cuando el hecho representado llega a través de un documento notarial o a través de un documento reconocido, la ley procesal quiere que ese documento valga tenga tanto valor como una joya de *dieciocho quilates* pues, aunque el hecho que se quiera probar hubiera estado fuera del documento mismo, si luego no logra convencer al juez, es como si no hubiera existido[107].

Por ello, cuando la ley le dice al órgano judicial que considere probado el hecho que conste en un documento que reúna esas características, no es porque lo tenga que considerar válido desde el punto de vista sustantivo, sino porque, a la vista de la forma ante quien aquél se hizo, sería absolutamente contrario a cualquier criterio lógico que hubiera un tribunal tan poco juicioso como para desentenderse del valor probatorio que la ley quiere asignarle[108]. Pero, aun así, es tal la fuerza que tiene que su fuerza probatoria que se irradia y se proyecta sobre el derecho sustantivo; *opera de derecho sobre los hechos y de hecho sobre el derecho*[109]. Así, pues, coincidimos con quienes desde hace tiempo pensaban que no tiene mucho sentido que la legislación civil imponga que determinados negocios deban formalizarse a través de ciertos documentos con el fin de proporcionar garantías jurídicas a las transacciones entre particulares y luego la ley no les conceda el valor que procesalmente se merecen, pues al final puede dar la impresión de que el legislador en realidad no acabara de fiarse de los documentos que hacen y firman las partes para sus actos y sus contratos[110].

---

106 Gómez Orbaneja, 2009. p. 314.

107 De ahí que afirmase que aquello que se trata de probar con un documento está tan fuera de él como el hombre representado en un retrato está fuera del retrato: Gómez Orbaneja, 2009, p. 324.

108 A pesar de ello, un sector de la doctrina sigue mostrándose muy crítico con la forma en que la jurisprudencia ha ido modificando la fuerza de los documentos al amparo de la doctrina sobre la valoración conjunta de la prueba, rebajando al documento casi a la categoría de mera ventaja procesal: Cortés Domínguez, 2024, p. 227.

109 Furno, 1954, p. 181.

110 Gómez Orbaneja, 2009, p. 503. En igual sentido vino a pronunciarse con ocasión de la reforma de la casación civil que se llevó a cabo en 1984 y que a los efectos de acreditar el error en la valoración de la prueba venía a poner al mismo nivel sin ningún criterio diferenciador al hecho que constara en un documento auténtico junto con el resto de las pruebas practicadas (p. 373).

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel: «Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común», *Anuario de Derecho Civil,*1963 (2).

ÁLVAREZ-SALA WALTER, Juan: «La representación y la calificación notarial. Una reflexión sobre el valor del documento público», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, 2004 (8).

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir.: Manuel Albaladejo), Tomo I, Madrid, 1978.

BENTHAM, Jeremías: *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, 1971.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Ciento treinta años después… Un Código Civil para el siglo XXI», en *Diario La Ley*, 2009 (9478).

BONNIER, Eduardo: *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, trad. José Vicente y Caravantes, I, Madrid, 1913.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge: *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980.

CALAMANDREI, Piero: «Limites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil», en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961.

— «El juez y el historiador», en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003.

CAÑIZARES LASO, Ana: *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001.

CARNELUTTI, Francisco: *Instituciones del proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973.

— *Teoría general del derecho*, trad. Francisco Javier Osset, Madrid, 1955.

— *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1982.

CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Pamplona, 2024.

CAPPELLETTI, Mauro: *Processo e ideologie*, Bolonia, 1969.

CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. Emilio Gómez Orbaneja, Volumen I, Madrid, 1936.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: «El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976 (2-3), p. 393.

— *Derecho procesal civil* (con Víctor Moreno Catena), Parte general, Valencia, 2024.

COUTURE, Eduardo J.: «El concepto de fe pública», en *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo II, Buenos Aires, 1998.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, 1971 (reimpresión, 2016).

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Curso de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2012.

— *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991.

DE LA PLAZA, Manuel: *La casación civil*, Madrid, 1944.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «La anulabilidad», *Anuario de Derecho Civil*, 1976.

DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Vol. I (Introducción. Teoría del contrato) y Vol. II (Las relaciones obligatorias) Madrid, 2007.

— *Los principios del Derecho europeo de los contratos* (con ROCA TRÍAS, Encarnación y MORALES MORENO, Antonio-Manuel), Madrid, 2002.

— «La Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011 (2130).

Díez-Picazo Giménez, Ignacio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Dir.: Andrés de la Oliva Santos), Madrid, 2001.
Fairén Guillén, Víctor: «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955.
Fenech, Miguel: «La interpretación del negocio jurídico y su censura en casación», en *Estudios de Derecho Procesal* (con Jorge Carreras), Barcelona, 1962.
Fenoy Picón, Nieves: «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2011 (4).
Fernández Chacón, Ignacio: *Derecho contractual y mercado interior europeo*, Pamplona, 2023.
Fernández López, Miguel Ángel: *Derecho procesal civil* (con Andrés de la Oliva), Madrid, I, 1990.
Fried, Charles: *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, 1981.
Fuller, Lon: «The forms and limits of adjudication», *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978 (2).
Furno, Carlo: *Teoría de la prueba legal*, trad. Sergio Gonzalez Collado, Madrid, 1954.
— *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, trad. Luis Sancho Mendizábal, Madrid, 1957.
García Rubio, M.ª Paz: «Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización Reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Revista de Derecho Civil*, 2024 (2).
Goldschmidt, James: «Derecho procesal civil», en *Derecho, Derecho penal y Proceso*, trad. Leonardo Prieto-Castro (edición de Jacobo López Barja de Quiroga), Madrid, 2010.
— *Teoría general del proceso*, Barcelona, 1936.
Gómez Calle, Esther: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia» *Anuario de Derecho Civil*, 2012 (1).
Gómez Orbaneja, Emilio: «La prueba preconstituida», en *Derecho y proceso*, Madrid, 2009, p. 313.
— *El ejercicio de los derechos*, Madrid, 1975.
— *Derecho procesal civil*, Madrid, 1979.
— «Derecho y proceso» (conferencia), en *Derecho y proceso*, Madrid, 2009.
González Pacanowska, Isabel: «Principios Lando», en *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009.
— *Comentarios al Código civil* (Coord: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Valencia, 2013.
Gregoraci Fernández, Beatriz: «La alteración sobrevenida de las circunstancias», en *Estudios de derecho de contratos* (Dir.: Antonio-Manuel Morales Moreno), Madrid, 2022.
Guasp, Jaime: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II-1, Madrid, 1947.
Ihering, Rudolf: *El espíritu del derecho romano*, Granada, 2011.
Jerez Delgado, Carmen: *La anulación del contrato*, Pamplona, 2011.
Jerez Delgado, Carmen y Pérez García, Máximo Juan: «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la UAM*, núm. 19 (I), 2009.
Jordán de Asso, Ignacio: *Instituciones del derecho civil de Castilla* (con Miguel de Manuel), Madrid, 1786.

LANCHAS SÁNCHEZ, José Javier: «La responsabilidad exigible en el saneamiento por evicción en caso de pluralidad de vendedores: solidaridad o mancomunidad», *Revista Jurídica de la UAM*, núm. 36, 2017 (2).

LANDO, Ole: *Principles of European Contract Law* (con H. G. Beale), Gante, 1995.

LARENZ, Karl: *Derecho de obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, I, Madrid, 1958.

— *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. Carlos Fernández Rodríguez, Granada, 2022.

LASARTE, Carlos: *Principios de derecho civil III* («Contratos»), Madrid, 2024.

LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*, Barcelona, 2019.

LEGERÉN-MOLINA, Antonio: «La equiparación de la "dificultad extraordinaria" de cumplimiento a la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Análisis crítico», *Anuario de Derecho Civil*, 2023 (3), p. 1085.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel: «Ineficacia del contrato por invalidez: el binomio nulidad-anulabilidad. Líneas generales», *Estudios de derecho de contratos* (Dir.: Antonio-Manuel Morales Moreno), Madrid, 2022.

MORALES MORENO, Antonio-Manuel: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, 2006.

— «El contrato y sus requisitos en la propuesta de modernización del Código civil de 2023: El objeto y la causa», *Revista de Derecho Civil*, 2024 (4).

MORÓN PALOMINO, Manuel: «El proceso civil y la tutela de los terceros», *Revista de Derecho Procesal*, III, 1965.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Documento público y autenticidad de fondo», en *Estudios de Derecho Notarial*, II, 1986, p. 183.

— «El documento auténtico en la casación civil», en *Estudios de Derecho Notarial*, II, Madrid, 1986.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz: *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*, Madrid, 2017.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 1720.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente y BARRAL VIÑALS, Inmaculada: *La modificación de los contratos por alteración imprevista de las circunstancias. La cláusula rebus sic stantibus (aspectos sustantivos, mediación y cuestiones procesales),* Barcelona, 2022.

PRIETO-CASTRO, Leonardo: «Acciones y sentencias constitutivas», en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964.

— *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1985.

QUICIOS MOLINA, Susana: *Tratado de contratos* (Edición: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), tomo I, Valencia, 2024.

RASELLI, Alessandro: «Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze», en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Vol. II, 1950.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Pluralidad de acreedores y modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Anuario de Derecho Civil*, 2017 (2), p. 397.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.

— «La facultad resolutoria del artículo 1124 del Código civil: una relectura actual», en *Estudios de derecho de contratos* (Dir.: Antonio-Manuel Morales Moreno), Madrid, 2022, p. 989.

ROGEL VIDE, Carlos: «Favor debitoris». Análisis crítico, Madrid, 2010.

Salas Carceller, Antonio: «Ejercicio y efectos de la resolución. Resolución extrajudicial y judicial», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (Coords: Isabel González Pacanowska y Carmen García Pérez), Pamplona, 2015, p. 397.

Salvador Coderch, Pablo: «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, 2011.

San Miguel Pradera, Lis Paula: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004.

— «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿Lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho Civil*, 2011 (4), p. 1481, 1685.

— «La reforma del derecho de contratos: el cambio de circunstancias en los Derechos francés, belga y español», *Anuario de Derecho Civil*, 2023 (3), p. 1041.

Serra Domínguez, Manuel: «Intervención de terceros en el proceso», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 207.

— «Concepto y regulación positiva del litisconsorcio», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1971 (2-3), p. 573.

— «Prueba documental», en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (Coord.: Jaime Alonso-Cuevillas), Barcelona, Vol. II, 2000, p. 229.

Serra Domínguez, Manuel; Cordón Moreno, Faustino y Gutiérrez de Cabiedes, Eduardo: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir.: Manuel Albaladejo), Tomo XVI, Vol. 2, Madrid, 1993.

Tuhr, Andreas: *Derecho Civil*, Vol. I, trad. Tito Ravá, Madrid, 1998.

Tur Faúndez, M.ª Nélida: «Los remedios ante el incumplimiento en la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023», *Revista de Derecho Privado*, 108 (4), 2024.

Yzquierdo Tolsada, Mariano: «Por una revisión integral del régimen de solidaridad de deudores. Las trampas de la obligación in solidum», *Estudios de derecho de contratos* (Dir.: Antonio-Manuel Morales Moreno), Madrid, 2022.

Zafra Valverde, José: *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, Madrid, 1962.

La guarda de hecho y su régimen de funcionamiento en la Ley 8/2021*

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

A D. Antonio Gordillo Cañas,
Catedrático de Derecho civil,
en expresión de agradecimiento
por su magisterio sin par.

RESUMEN

Aunque conocida desde antiguo, el reconocimiento pleno de la guarda de hecho como medida de apoyo a personas con discapacidad se ha producido por obra de la Ley 8/2021. Para el debido entendimiento de la misma y de su régimen de funcionamiento, ahora bien, no basta con proceder a través de referencias generales al nuevo sistema instaurado por esa Ley en nuestro Ordenamiento, sino que es preciso un estudio detenido de esa figura así como de determinadas cuestiones en tema de discapacidad que, aun siendo de orden general, inciden directamente en ella. Este trabajo acomete ese estudio, y lo hace tanto desde un punto de vista teórico como práctico.

PALABRAS CLAVE

Personas con discapacidad. Noción y función de la guarda de hecho. Régimen de funcionamiento. Guarda de hecho, tráfico jurídico, Notarios y Registradores. Salvaguardas.

* Trabajo realizado al amparo del Proyecto de investigación «Reforma del Derecho de Sucesiones: legítimas, liquidación de deudas, herencia digital y discapacidad» (US-1381625), I+D+i FEDER Andalucía, financiado por la Junta de Andalucía (Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad).

De facto guardianship and its regime in Act 8/2021

ABSTRACT

Although de facto *guardianship has been known for a long time, its full recognition as a measure provided to support people with disabilities has taken place as a result of Act 8/2021. For a proper understanding of it, however, it is not enough to proceed through general references to the new system established by that Act in our legal system. It is necessary to study carefully that figure, as well as to study certain issues that, although of a more general nature in terms of disability, have a direct impact on it. This work undertakes that study, and it does so from both a theoretical and a practical point of view.*

KEYWORDS

People with disabilities. Notion and function of de facto guardianship. Its operating regime. Legal traffic, de facto guardianship, Notary public and property Registry. Safeguards.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *La guarda de hecho, en general.* 1. Evolución de la figura, y noción de la misma. 2. Función de la guarda de hecho en el sistema actual. Tipos de apoyo, y criterio rector de los mismos. 2.1 Apoyo de carácter asistencial. 2.2 Apoyo de carácter representativo.–III. *La guarda de hecho con función asistencial.* 1. Posibilidad que tienen las personas con discapacidad de realizar por sí mismas actos y contratos, cuando el apoyo es de carácter asistencial. 2. Sobre si las personas con discapacidad pueden realizar actos y negocios por sí solas, o precisan para ello la intervención del guardador. Alcance de la actuación del guardador. 3. Sobre la impugnación de actos y negocios realizados por personas con discapacidad sin el apoyo asistencial que precisan. 3.1 Consideraciones generales. 3.2 La concreta acción de impugnación y su régimen. 3.3 Valoración crítica del régimen de impugnación dispuesto hoy en nuestro Derecho para este caso.–IV. *La guarda de hecho representativa.* 1. Antecedentes y situación actual. 2. La función representativa del guardador en nuestro Derecho, hoy. 2.1 Sobre cuándo procede el apoyo con función representativa. 2.2 Requerimientos adjetivos para el desenvolvimiento del apoyo con función representativa. A) La regla: necesidad de autorización judicial. B) La excepción: casos no necesitados de autorización judicial. 3. Impugnación de actos y negocios realizados sobre intereses de persona con discapacidad que precisa apoyo representativo, cuando en su realización adolecen de algún defecto. 3.1 Actos y negocios realizados directamente por la persona con discapacidad. 3.2 Actos y negocios realizados por el guardador sin autorización judicial, cuando ésta es necesaria. 3.3 Actos y negocios realizados por el guardador sin autorización judicial, cuando ésta no es necesaria pero con su realización se causa lesión económica a la persona guardada. 3.4 Actos y negocios realizados por el guardador con autorización judicial, cuyos efectos resultan perjudiciales para la persona con

discapacidad.–V. *Guarda de hecho, tráfico jurídico, Notarios y Registradores.* 1. En caso de apoyo asistencial. 1.1 Sobre la actuación del Notario, cuando la persona de apoyo no concurre al acto o negocio que la persona con discapacidad quiere realizar. 1.2 Sobre cómo acreditar la condición de guardador, cuando éste concurre al acto o negocio que la persona con discapacidad va a realizar. 1.3 Sobre cómo constatar y documentar el apoyo asistencial prestado por el guardador, cuando se da. 1.4 Sobre la calificación de los títulos que se presentan al Registro de la Propiedad, y los medios a emplear para ello por el Registrador. 2. En caso de apoyo representativo. 2.1 Sobre la realización de actos o negocios por parte del guardador en representación de la persona guardada, y su documentación. 2.2 Sobre la calificación de los actos realizados por el guardador representativo, cuando se pretenden inscribir en el Registro de la Propiedad.–VI. *Las salvaguardas o medidas de control de la guarda de hecho.* 1. Salvaguardas legales. 2. Salvaguardas judiciales.–*Bibliografía.*–*Jurisprudencia.*

I. INTRODUCCIÓN

El 13 de diciembre de 2006 fue aprobada en Nueva York, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad[1] que ha venido a establecer que estas personas tienen plena capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y que los Estados firmantes de la misma quedan obligados a adoptar cuantas medidas sean pertinentes para proporcionarles los apoyos que precisen en orden a ejercitar esa capacidad en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad[2].

La operatividad de esta Convención abarca en principio todos los casos de discapacidad, esto es tanto los de índole física como los de naturaleza psíquica[3], pero cuando se trata de estos últimos es

[1] Fruto de iniciativas diversas que se habían ido sucediendo a lo largo de varias décadas. Una exposición sintética al respecto puede verse en LESCANO, 2017, pp. 266-269. *Vid.* también VIVAS, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010, notas 2 y 3.

[2] Así se establece en el artículo 12 de la Convención, que constituye el pilar básico en relación con los procesos de toma de decisiones por las personas con discapacidad. Reconocer a las personas con discapacidad la dignidad que les corresponde, y remover las dificultades que éstas encuentran para poder actuar en la vida jurídica en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, estimó la Convención que era una cuestión de derechos humanos, siendo en consecuencia su objetivo promover, proteger y asegurar el goce pleno de éstos por parte de tales personas. Los principios que informan esta Convención se recogen en su artículo 3, destacando entre ellos, a los efectos que aquí interesan, los de respeto a la dignidad de las personas, a su autonomía individual, a la libertad de tomar sus propias decisiones, a su independencia y a la no discriminación. Para una exposición de los distintos modelos explicativos de la discapacidad, de su evolución, y de cómo han sido determinantes del tratamiento de la cuestión en la Convención de Nueva York, *vid.* ÁLVAREZ LATA SEOANE, en *Derecho Privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 14-22.

[3] El artículo 1.2 de la Convención, en efecto, procede sobre la base de un entendimiento amplísimo de su término subjetivo de referencia, al entender por personas con

idea ampliamente extendida que las disposiciones de la Convención han operado un giro copernicano en el tratamiento de la cuestión desde el punto de vista jurídico –un cambio de paradigma, es expresión que también se utiliza con gran frecuencia–. Es así, se dice, porque esta Convención fuerza a los Ordenamientos a cambiar radicalmente su modo de proceder en el tema, ya que, en lugar de recurrir a la sustitución de las personas con discapacidad por otras sin discapacidad que actúen en su representación al tiempo de tomar decisiones y realizar actos atinentes a los intereses de aquéllas –como se apunta que tradicionalmente han venido haciendo–, ahora han de disponer un sistema en el que sean las propias personas con discapacidad las que decidan y actúen por sí mismas, proporcionándoles los apoyos que precisen para poder hacerlo en igualdad de condiciones que las demás personas[4]. Apoyos, éstos, que deben además ajustarse a las pautas establecidas en la propia Convención: en particular, han de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; ser proporcionados y adaptados a las circunstancias de cada caso; aplicarse en el plazo más breve posible; y prestar especial atención a los intereses personales de dichas personas, sin circunscribirse a los de índole patrimonial –enfoque este último que, también según se dice, ha primado hasta ahora en los Ordenamientos jurídicos–[5].

---

discapacidad todas aquellas «*que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás*». *Vid.* también el Preámbulo de la Convención, en su letra *e)*.

[4] A este respecto, y en coherencia con la amplísima noción de personas con discapacidad sobre la que procede la Convención de Nueva York, establece la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014) que apoyo «*es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades*» (núm. 17), y que «*el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad*» (núm. 18). En términos más claros explica esto García Rubio cuando afirma que «apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada. (…) apoyo –añade– es un término… amplio que a veces puede encontrarse en realidades puramente fácticas y que en otras requerirá una más acabada construcción técnico-jurídica» (2017, p. 11).

[5] También deben evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida, y deben estar sometidos a control por parte de un juez o una autoridad competente. *Vid.* artículo 12.4 de la Convención. El objetivo pretendido por la Convención es sin duda merecedor de reconocimiento, sin perjuicio de que no compartamos sus planteamientos en todos sus términos. Y sin perjuicio también de que para una valoración precisa del hito que esa Convención ha supuesto resulte necesario contrastar lo dispuesto en ella con la situación previa existente en cada Ordenamiento, pues la situación de partida no era en absoluto semejante en todos los países. Para una visión de conjunto de los cambios que en este tema se han ido produciendo en los últimos tiempos en los países de nuestro entorno, *vid.* García-Ripoll AC 1999-2, núm. 21, pp. 553-581; Álvarez Lata Seoane, en *Derecho Privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 49-59; Vivas, 2012, pp. 31-45 y 52-58; Lescano, 2017, pp. 277-300.

Esta Convención, en tanto que constitutiva de un tratado internacional, desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado –el 21 de abril de 2008– pasó a formar parte de nuestro Ordenamiento interno y era por tanto de obligado cumplimiento aun cuando no hubiera desarrollo de la misma por parte del legislador. No obstante lo cual, entre nosotros se entendió que para su más adecuada aplicación se hacían precisas derogaciones, modificaciones y adaptaciones de numerosas normas, lo que ha llevado a nuestro legislador a acometer una tarea reformadora de extraordinario alcance, que principió con la aprobación de la Ley 26/2011[6] y continuó en los años siguientes con otras normas –Real Decreto legislativo 1/2013[7], Leyes 15/2015 y 4/2017[8], Ley Orgánica 1/2017[9] y Ley Orgánica 2/2018[10]– hasta llegar a la Ley 8/2021, que pretende ser, si no el último paso en ese sentido, en todo caso sí el más decisivo[11]. Resultando así que hoy tenemos en España una regulación inspirada de forma clara y directa en la Convención de Nueva York[12], cuya operatividad, aunque naturalmente se proyecta en planos muy diversos, lo hace de un modo principal en el del Derecho civil. Esto es lo que ha determinado que, para acomodar éste a aquélla, se haya derogado casi en bloque la regulación de la materia anteriormente existente en el Código civil[13] y se haya sustituido por otra basada, según dice el

---

[6] Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

[7] Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En él se refunden la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 49/2007, de 23 de octubre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

[8] Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; y Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria.

[9] Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

[10] Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen electoral general para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

[11] Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Vid.* su Preámbulo (I).

[12] Aunque el Preámbulo (I) de la Ley 8/2021 la conecta también con nuestra propia Constitución: «*La nueva regulación* –dice– *está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad en las medidas de apoyo que en su caso pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás*». También es imprescindible considerar aquí el artículo 49 CE, tanto en su redacción inicial como en la actual, obra de la reforma de 15 de febrero de 2024.

[13] Además, también se ha modificado la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil, la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, y la Ley de Jurisdicción Voluntaria, entre otras.

Preámbulo (III) de la Ley 8/2021, en la idea de que «*las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones*». «*El elemento sobre el que pivota la nueva regulación* –explica ese Preámbulo– *no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición humana y [que], por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise*», apoyo que además ha de prestarse siempre con «*respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad*». A lo cual se añade, sigue diciendo el Preámbulo, que «*la nueva regulación trata de atender no sólo a los asuntos de naturaleza patrimonial [de las personas con discapacidad], sino también a los aspectos personales*».

Se trata de un cambio que ha determinado el establecimiento en nuestro Derecho de un sistema nuevo[14]. En síntesis, ese cambio se puede describir así.

---

[14] Otra cosa es considerar que en el caso de España ese cambio haya determinado, tal como comúnmente se dice, un giro copernicano o cambio radical de paradigma. Pues si bien a nivel mundial o de determinados países el compromiso alcanzado en la Convención de Nueva York puede ciertamente haber tenido tal efecto, en el caso concreto de España esos términos han de matizarse. Y es que en relación con España no cabe plantear que antes las personas con discapacidad se encontraban privadas o menoscabadas en sus derechos humanos, derechos que ahora, tras la ratificación de la Convención y su posterior desarrollo interno, han venido a serles reconocidos. Ni cabe plantear que hayamos pasado, de una situación en que tales personas eran siempre y necesariamente sustituidas por otras en relación con la toma de cualquier decisión atinente a su vida personal y patrimonial, a otra situación en la que de forma igualmente general, pero de sentido contrario, las personas con discapacidad van a tomar siempre por sí solas sus propias decisiones. Ni que hayamos pasado, de un sistema radicalmente materialista en el que casi sólo se atendía a los intereses patrimoniales de estas personas, a otro marcadamente espiritual en el que el centro principalísimo de atención son los intereses personales de los sujetos con discapacidad, quedando los de índole económica en un plano muy secundario. Y es que, aunque en las denuncias apuntadas hay parte de cierto, un examen ecuánime de nuestro sistema anterior al desarrollo de la Convención de Nueva York no permite concluir con el juicio severísimo que tales consideraciones, tomadas sin más, forzarían a hacerle. Por lo siguiente.

Por un lado, ha de considerarse que en España nadie planteó que con la regulación anterior al sistema actual se lesionaran de forma grave y sistemática los derechos humanos de las personas con discapacidad (esto lo reconoce García Rubio, 2017, p. 10). Siendo así además que hoy, tras la Ley 8/2021, se siguen manteniendo en nuestro Derecho supuestos en los que se excluye o limita el poder de decisión de las personas con discapacidad –en los casos de apoyo representativo–, sin que ello plantee denuncia de lesión a derechos humanos.

Por otro lado ha de tenerse presente que, en el sistema anterior, la sustitución de la persona con discapacidad por otra que actuara en su nombre en la toma de decisiones sobre los intereses de los que aquélla fuera titular –titularidad que en España se le reconocía siempre– no era la única medida existente, pues ese sistema, aparte de la tutela –que sí tenía tal operatividad– regulaba también la curatela, figura en la que era la propia persona titular del derecho o interés la que decidía y actuaba por sí misma, aunque con el complemento de otra. Siendo así además que la Ley procesal exigía, tanto para la tutela como para la curatela, que la sentencia que resolviera el proceso de modificación de la capacidad de obrar concretara de modo preciso el alcance de esa modificación, no pudiendo decretarlo con carácter genérico (artículo 760.1 LEC., en su redacción anterior) (en sentido semejante, Pérez De Ontiveros, en *Derecho Privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 347-348). Es cierto que esa diversidad de figuras y esa exigencia de concreción no se hacía efectiva en muchos casos –la mayoría–, ya que se decretaba con cierto automatismo la tutela con

El sistema anterior distinguía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, concibiendo la primera como la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones, y la segunda como aptitud para actuar válidamente por sí mismas en la vida jurídica tomando decisiones, celebrando negocios, ejercitando derechos, cumpliendo obligaciones, etc. La primera se reconocía a todas las personas por el mero hecho de serlo, se adquiría con el nacimiento y se mantenía hasta la muerte, tenía un contenido igual para todas las personas, y no podía ser objeto de modificación o restricción. La segunda, en cambio, dependía de la facultad de autogobierno que cada persona tuviera, la que

---

operatividad general, pero eso constituía un defecto de aplicación de la norma que no forzaba necesariamente a cambiar el sistema –de hecho, en los últimos años los propios tribunales habían empezado a corregir tal modo de hacer–.

Y, por cuanto hace a la tercera idea considerada –que antes se atendía exclusiva o principalmente a los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad, mientras que ahora se invierten los términos para centrar la atención en sus intereses personales–, hay que decir que la misma no se corresponde del todo con la realidad de nuestro Derecho. Por dos razones. Una, porque ya antes de la ratificación de la Convención de Nueva York nuestro Derecho contaba con diversas normas que se ocupaban específicamente de cuestiones personales en relación con sujetos con discapacidad –*v. gr.*, 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; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia–. Y otra, porque la idea de que las normas aprobadas en España tras la firma de la Convención de Nueva York centran su atención en el aspecto personal de las personas con discapacidad se ve relativizada cuando se advierte que, de los cincuenta y un preceptos que el Código civil, tras su reforma de junio de 2021, dedica a regular las medidas de apoyo a las personas con discapacidad –los artículos 249 a 299: Título XI de su Libro I–, sólo cinco resultan relevantes a este respecto –los artículos 249, 282, 287, 289 y 299–, y que en ellos lo absolutamente predominante, al menos a primera vista, es lo relativo a aspectos patrimoniales: *vid.*, así, que los artículos 249 y 282 no son específicos ni en un sentido ni en otro, pero que los artículos 287 –que tiene 9 números–, 289 y 299 hacen todos referencia a aspectos patrimoniales, salvo el núm. 1 del artículo 287. Y entonces, aunque ciertamente ello no invalida la idea de que la persona es el centro de la regulación de nuestro Derecho –porque ese dato cuantitativo se explica considerando que la vertiente personal del ser humano es cosa más difícil de reducir a normas que sus actuaciones de tipo económico–, en todo caso permite poner en cuestión la afirmación de que la nueva regulación significa en este aspecto un cambio radical con respecto al sistema anterior. Se puede decir que se ha reforzado ahora la atención al plano personal, pero sin pretender que ésta estaba ausente, o casi, en el sistema anterior.

Para respaldar la idea de que nuestro sistema anterior no merecía el juicio tan severo que a veces se le hace, cabe además apuntar que no han faltado entre nosotros pronunciamientos afirmando la compatibilidad de ese sistema con la Convención de Nueva York. Así: *a)* en la jurisprudencia, la STS 29 de abril de 2009 (RJ 2009/2901), seguida de otras muchas: *vid.* Sancho Gargallo (2018, pp. 19-23), Sánchez Gómez (en RDC 2018, pp. 407-412), Andréu Martínez (2018, pp. 540-549); *b)* el Informe de fecha 3 de mayo de 2010 presentado por España al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, y la posterior respuesta enviada por el Gobierno de España a la lista de cuestiones que deben abordarse con carácter previo al examen del Informe inicial (cit. por López Barba 2020, pp. 42 ss.); y *c)* en la doctrina, Pérez De Ontiveros, en *Derecho Privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 344-364; Rams Albesa, en RCDI 2011, pp. 251 y 253; De Salas Murillo, en *Derecho Privado y Constitución*, 2013, pp. 14 y 45; Cerrada Moreno, 2014, pp. 26 ss.; Botello Hermosa, en *Revista de Derecho UNED*, 2015, pp. 620-626.

dependía a su vez de su edad y estado psíquico, determinando ello que si bien en principio a las personas mayores de edad se les presumía la tenencia de capacidad de obrar plena, en casos concretos, si la persona en cuestión tenía mermada su facultad de conocer debidamente la realidad, de tomar decisiones racionales, de captar el alcance de los propios actos y de asumir responsabilidad por ellos, su capacidad de obrar podía ser modificada y limitada mediante sentencia dictada en procedimiento judicial específico al efecto [15].

Frente a esto el nuevo sistema se caracteriza, por un lado, por introducir cambios nominales: los términos «incapacidad», «incapaz» e «incapacitado» se sustituyen por «discapacidad» y «personas con discapacidad»; y por otro lado, y sobre todo, por establecer que todas las personas mayores de edad tienen, no sólo aptitud para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones sino también aptitud para ejercer sus derechos y para tomar decisiones y realizar todo tipo de actos, de la que no pueden ser privados ni se les puede limitar –para reflejar lo cual se suprime la noción de «capacidad de obrar» [16] y se asigna a la de «capacidad jurídica» un contenido nuevo: en ella se integra, no sólo lo que antes se denominaba así

[15] Artículos 199 CC y 760 LEC, ambos en su redacción anterior.

[16] Aunque quizá la eliminación de esa noción no sea tan real como a primera vista puede parecer, ya que el nuevo sistema distingue luego entre «capacidad jurídica» y «ejercicio de la capacidad jurídica», siendo hasta cierto punto razonable pensar que esta última es una noción semejante a la de capacidad de obrar anterior (aunque muchas veces se niegue de palabra, ya sea por convencimiento, ya sea por sometimiento al nuevo lenguaje que en este tema se ha venido a imponer: *vid.* García Rubio, 2017, pp. 10-11; Ferrer Vanrell, 2022, pp. 599-600). Que las cosas sean realmente como hemos apuntado lo sostienen Pérez De Ontiveros, en *Derecho Privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 346-347; Álvarez Lata Seoane, en *Derecho Privado y Constitución*, 2010, núm. 24, p. 23; Rams Albesa, en RCDI 2011, p. 253; Martínez De Aguirre, 2016, p. 21; Pereña, en RDC 2018, pp. 68-70–; Vaquer Aloy, 2022, p. 506; Monje Balmaseda, 2022, p. 1120. Es más, cuando no se admite esto y no distingue entre una cosa y otra, ocurre que se acaba llegando a planteamientos enrevesados y hasta difícilmente inteligibles: *vid.*, así, lo dicho por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Observación general núm. 1 (2014): «*13.– La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). (…) La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra.… El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad… deja en claro que el "desequilibrio mental" y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental… no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica*». Se mezclan ahí, como puede verse, una pluralidad de conceptos –capacidad jurídica, capacidad legal, capacidad mental, desequilibrio mental, legitimación para actuar– que introducen confusión, pues, si capacidad jurídica la tienen todas las personas y sin restricciones, y ésta comprende –según se dice– no sólo la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones sino también la de ejercitarlos, habrá que concluir entonces que eso es referible también a los sujetos con desequilibrio mental. Pero, ¿es realmente así? Y si es así, ¿qué es entonces la capacidad mental, que se refiere a aptitud para tomar decisiones y que puede variar de una persona a otra?

sino también lo que antes era «capacidad de obrar»–. La esencia del nuevo sistema radica, según hoy es común afirmar, en reconocer a todas las personas facultad de autodeterminación –se elimina, por ello, el estado civil de incapacitación–, sin perjuicio de que las que tengan discapacidad, para realizar actos de ejercicio de aquélla en igualdad de condiciones que las demás, requieran contar con las oportunas medidas de apoyo, medidas que tienen derecho a que la sociedad y los poderes públicos les proporcionen[17]. Cuándo exista discapacidad suficientemente relevante como para precisar apoyo en este sentido, es cosa que hay que valorar en relación con cada persona y con cada caso[18].

Con lo anterior quedan expuestos, a grandes rasgos, la filosofía y los criterios rectores del sistema actualmente vigente en España en tema de discapacidad. Con eso, ahora bien, no basta. Para alcanzar una idea precisa del nuevo sistema se hace necesario un estudio detenido de la regulación dispuesta en él, entre otras razones porque el apoyo referido se puede proporcionar a través de varias figuras. En este trabajo tratamos de hacer ese estudio en relación una de esas figuras –la guarda de hecho–, indagando en qué consiste ésta y cómo funciona hoy. Circunscrito este estudio –importa precisarlo aquí– al supuesto de personas con discapacidad psíquica[19], esto es la que incide en su entendimiento y voluntad[20]. Este trabajo vale, pues, tanto para personas con discapacidad por razón de deficiencia psíquica como de enfermedad mental o de deterioro mental

---

[17] Este apoyo será ajustado a cada caso, evitando caer en medidas homogéneas para situaciones diversas entre sí: Palomino, 2000, pp. 351-352; Castro-Girona, 2016, p. 36. De reemplazar la idea de capacidad de obrar plena por la idea de capacidad suficiente para cada acto concreto, hablaban en su día Castro-Girona, 2016, p. 36, y Carrión, 2016, pp. 59-60. Lo dicho supone, por otra parte, que para las personas mayores de edad desaparece la figura de la tutela y su operatividad representativa –*i.e.*, de sustitución–. Lo importante, ha dicho Vivas, es lograr el máximo ejercicio de los derechos con la mínima limitación de la capacidad de obrar (en *Revista UNED* núm. 7, 2010, p. 572).

[18] *Vid.* STS 23 de enero de 2023 (RJ 2023/2350).

[19] Hacemos esta precisión, porque la determinación amplísima que hace la Convención de Nueva York de su término subjetivo de referencia –todas las personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás (art. 1.2. de la Convención)–, aunque pueda valer a ciertos efectos, a nuestro juicio determina un planteamiento desacertado de la cuestión, en tanto que mezcla cuestiones absolutamente distintas entre sí, cuyo tratamiento, por consecuencia, ha de ser también muy distinto (así también Rams Albesa, en RCDI 2011, pp. 217 ss.; y Pereña, 2018, pp. 63-65). Lo cual puede repercutir negativamente en la articulación jurídica del tratamiento que se disponga en el tema.

[20] La *Assisted Decision-Making (Capacity) Act* irlandesa (núm. 3), del año 2015, conecta esa aptitud con los tres factores siguientes: a) si la persona entiende, o no, la información que resulta relevante para tomar una determinada decisión; b) si la persona retiene, o no, esa información el tiempo necesario para poder tomar una decisión de forma voluntaria; y c) si la persona puede, o no, valorar esa información como parte de un proceso de toma de decisión. Aunque seguramente haya que considerar aquí también la incidencia de trastornos que afectan gravemente al control de los impulsos, generalmente derivados de determinadas adicciones.

derivado de la edad avanzada[21], y ello tanto si hay reconocimiento oficial de tal discapacidad como si no lo hay[22].

II. **LA GUARDA DE HECHO, EN GENERAL**

1. EVOLUCIÓN DE LA FIGURA, Y NOCIÓN DE LA MISMA

Para llevar a cabo ese estudio, es necesario empezar fijando una serie de premisas.

La primera es determinar la noción de «guarda de hecho». El Código civil no la proporciona de forma explícita, pero, tomando como base la experiencia de la vida y lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, se puede afirmar que con esa denominación se hace referencia a la realidad determinada por una persona que, sin estar jurídicamente obligada a ello y sin contar con habilitación voluntaria[23] o judicial[24] en ese sentido, se ocupa *de facto*, con carácter estable y de forma más o menos general, de los asuntos de otra[25], cuando esta última no puede hacerlo debidamente por sí sola por razón de discapacidad psíquica[26]. Contando siempre –esto sí– con que esa dedicación de una persona a otra no se limita a actuaciones de índole material o espiritual –cuidar de su alimentación, higiene,

---

[21] García Rubio, (*Los desafíos*…, 2023, pp. 30-31) comprende aquí cuatro grupos de personas: las que tienen discapacidad intelectual de nacimiento; las que tienen ciertos problemas mentales; las de edad avanzada; y las que han sufrido trauma cerebral por accidente. El caso de los ancianos, en particular, resulta de importancia creciente, por la esperanza de vida cada vez mayor que hoy existe, con la consiguiente disminución de capacidades intelectuales (cognitivas y volitivas) que normalmente acompaña al envejecimiento.

[22] *Vid.* el Preámbulo (III) de la Ley 8/2021. También se establece así en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

[23] Lo cual se habría articulado mediante el establecimiento en su día, por la propia persona luego con discapacidad, de una medida de apoyo que prevé para sí misma en el futuro (art. 255 CC), o por el conferimiento a una persona de un mandato o poder preventivo, por parte de la persona concernida (arts. 256 y siguiente CC). Cuando se habla de «voluntariedad» en tema de guarda, ahora bien, hay que distinguir dos planos: la guarda no es voluntaria en el sentido de que no se establece por voluntad de la persona con discapacidad guardada, pero es voluntaria para quien la presta, pues no tiene obligación de hacerlo (una cierta mezcla a este respecto nos parece sin embargo que se aprecia en Ruiz-Rico, 2022, p. 282).

[24] Lo cual se habría traducido en el nombramiento de esa persona como curador.

[25] Lete, 1985, p. 484.

[26] *Vid.*, por todos, Leña, 2000, pp. 205-206; Díaz Alabart, 2004, p. 70; Leciñena, 2015, pp. 48-52. La guarda de hecho, dice Fábrega, se define «en función de dos rasgos básicos: uno de ellos positivo, cual es la asunción de [función] de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección establecido por el Ordenamiento jurídico» (2006, pp. 7-8 y 87). En el mismo sentido, Pérez Monge, 2016, p. 1348. Para la noción de guardador de hecho en los Derechos civiles forales aragonés y catalán, *vid.* el artículo 169-9 del Código de Derecho foral de Aragón, y el artículo 225-1 del Código civil de Cataluña (en su redacción dada por la Ley catalana 25/2010).

atención médica, procurarle afecto, etc.– sino que comprende también, y sobre todo, dedicación en orden a la toma de decisiones y a la realización de actos jurídicos atinentes a los asuntos de la persona con discapacidad[27]: esta precisión es importante, pues si se trata sólo de lo primero no estaremos en presencia de un «guardador» sino de un «cuidador»[28], que es figura distinta (aunque sea frecuente verlas confundidas[29]).

Es, la guarda de hecho, una realidad que ha existido siempre, y que ha tenido históricamente una utilización amplísima, siendo los casos de ella incomparablemente más numerosos que aquellos que en nuestro sistema anterior venían determinados por la incapacitación judicial de la persona con discapacidad y por la subsiguiente constitución de tutela o curatela para atenderla[30]. Las razones de ese mayor número de casos de guarda de hecho eran variadas, pero las más importantes se pueden sintetizar haciendo referencia a la negativa repercusión psicológica que para la persona con discapacidad tenía generalmente pasar por un procedimiento orientado a la limitación de su capacidad de obrar[31]; a la cierta estigmatización social que la incapacitación suponía para el sujeto concernido; a la tendencia de sus parientes a evitar la intromisión, en el ámbito propio de la familia, de personas e instituciones ajenas a ella; y a la falta de agilidad que el nombramiento de «guardador legal» se pensaba suponía para la gestión de los asuntos del discapacitado[32]. Todo lo cual determinó que tradicionalmente las familias trataran de gestionar los casos de discapacidad de un modo interno e informal, ocupándose de la persona en cuestión y de sus asuntos un pariente cercano –los padres, un hijo, un hermano…[33]– pero sin interesar la incapacitación formal de aquélla y el nombramiento de un «guardador oficial» de la misma –un tutor o un curador–, lo que

---

[27] Leciñena, 2015, p. 50.

[28] Empleamos el término «cuidador» dándole el sentido resultante de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

[29] En este sentido, Berrocal Lanzarot, en RCDI 2010, p. 2849; y Ruiz-Rico, 2022, p. 295. Sobre las diferencias entre guardador de hecho y cuidador, Leciñena, 2015, pp. 62-67. *Vid.* también Ferrer Vanrell, 2022, pp. 606-607.

[30] Esto ha sido evidente siempre. Así se apuntaba ya en el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, 1977, p. 29; y se reitera en el Preámbulo –III– de la Ley 8/2021.

[31] Esa repercusión psicológica negativa sólo falta cuando el sujeto en cuestión no conserva ninguna consciencia al respecto.

[32] *Vid.*, entre otros, Lete, 1985, p. 484; Afonso Rodríguez, en AC 1995-2, p. 322; Martínez Díe, 1999, pp. 179 ss.; Fábrega, 2006, pp. 1 y 3; Berrocal Lanzarot, en RCDI 2010, p. 2848; Vivas, en *Revista UNED* núm. 7, 2010, pp. 567-568.

[33] La guarda de hecho, además de individual puede ser también plural, cuando venga ejercitada por varias personas: *v. gr.*, los dos padres de un hijo con discapacidad; todos los hijos –o varios de ellos– de un padre enfermo o senil; los hermanos del que padece cierta discapacidad psíquica… Sobre el funcionamiento de la guarda en este caso, *vid. infra* nota 386.

se pedía sólo cuando las circunstancias personales o patrimoniales concurrentes en el caso lo hacían estrictamente necesario[34].

A pesar de su relevancia práctica, nuestro Derecho civil no se ocupó de esta realidad hasta hace relativamente poco tiempo: hasta mediados de los años ochenta del pasado siglo[35]. El punto de inflexión en este sentido lo constituyó la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela. Y es que el legislador, a la vista de la importancia que la guarda de hecho tenía tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, consideró que la misma no podía mantenerse por más tiempo absolutamente al margen del Derecho y procedió entonces a darle reconocimiento legal, aunque con un tratamiento muy limitado. El Código civil, en efecto, pasó a hacer referencia a ella pero sólo en tres preceptos –los artículos 303, 304 y 306 (en su redacción de entonces)–, que además se limitaban a reconocer la existencia de esa realidad y a establecer algunas disposiciones puntuales aplicables a la misma[36]: el artículo 303 estatuía que, cuando el Juez tuviera conocimiento de una situación de guarda de hecho, podía requerir al guardador informe sobre la persona y bienes del guardado y sobre su actuación al respecto, así como adoptar las medidas de control y vigilancia que estimara oportunas[37]; el artículo 304 prescribía que los actos ya realizados por el guardador no podían ser impugnados cuando se hubieran hecho en interés y utilidad del guardado[38]; y el artículo 306, finalmente, establecía el derecho del guardador a ser indemnizado por los daños que en su caso hubiera sufrido en el desempeño de la guarda[39].

Eso fue lo único que tras la reforma de 1983 vino el Código civil a disponer con respecto a la guarda de hecho, lo que determinó en la

---

[34] La guarda de hecho podía ser considerada entonces, dijo en su día Gete-Alonso, como una figura de protección que operaba como cierre de las figuras establecidas por la ley con ese fin (2003, p. 303).

[35] Es más, según decían entonces algunos autores, se trataba de una realidad no querida por la ley: así, *v. gr.*, Yzquierdo Tolsada, 1984, p. 152. Otros, sin embargo, sostenían lo contrario: *v. gr.*, Fábrega, 2006, p. 88.

[36] La operatividad de esos preceptos era, además, fundamentalmente *a posteriori*, esto es en relación con una guarda ya acontecida.

[37] Artículo 303 CC, en su redacción de entonces: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas*».

[38] Artículo 304 CC, en su redacción de entonces: «*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*».

[39] Artículo 306 CC, en su redacción de entonces: «*Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor*». Artículo 220 CC: «*La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento*».

doctrina valoraciones dispares –unos destacaban que, al no estar constreñida por normas, ello determinaba mayor adaptabilidad de la figura a la realidad de cada caso[40], mientras que otros consideraban que esa regulación insuficiente suponía gran inseguridad, tanto para el guardador como para los terceros con quienes tratara[41]– y además suscitó polémica acerca de diversas cuestiones. En particular, las siguientes.

Por un lado, se discutió si la guarda de hecho era una realidad de naturaleza jurídica o puramente fáctica. Que fuera plenamente jurídica, por lo común se rechazaba, considerando que la ley no la contemplaba entre las instituciones regulares de guarda –éstas se limitaban a la tutela, la curatela y el defensor judicial[42]–, y que los tres preceptos que el Código le dedicaba no conformaban el tratamiento mínimo que correspondería a su consideración como figura propiamente jurídica. En razón de lo cual se concluyó mayoritariamente que lo que cuadraba mejor era calificarla como realidad de hecho, aunque admitiendo que tenía cierta relevancia jurídica –porque la ley reconocía su existencia y establecía algunas disposiciones aplicables a la misma[43]–.

Se discutió, también, sobre la oportunidad de separar dos tipos de guarda de hecho. Un sector de la doctrina, en efecto, distinguía, por un lado la guarda de hecho *stricto sensu* –cuando existía *de facto* pero no había constancia oficial ninguna de la misma– y por otro lado la guarda de hecho judicializada –cuando su existencia era conocida por un Juez–, distinción que justificaba por cuanto en relación con el segundo tipo el Ordenamiento establecía unas prescripciones –que el Juez podía[44] pedir al guardador informe al respecto; que podía adoptar las medidas de protección que considerara oportunas; y que tenía además que poner esa situación en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que éste iniciara procedimiento de incapacitación de la persona en cuestión– que, por hipótesis, no eran aplicables al primer tipo[45]. Otros autores, sin embargo, sostenían que sólo cabía hablar de un tipo de guarda y que ésta era una

---

[40] Parra Lucán, 2014, p. 2485; Leciñena, 2015, pp. 47-48.

[41] Bercovitz, 1986, pp. 786-787; Leña, 2000, p. 206; Fábrega, 2006, pp. 9 y 87.

[42] *Vid.* el artículo 215 CC, en su redacción de entonces: «*La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1.º La tutela. 2.º La curatela. 3.º El defensor judicial*».

[43] Así, entre otros, Rogel, 1991, p. 863; Núñez Muñiz, en RDP 1999, p. 430; Fábrega, 2006, pp. 9-10; Berrocal Lanzarot, en RCDI 2010, pp. 2851-2852; Madriñán, 2011, p. 622; Martínez De Aguirre, 2014, p. 119; Leciñena, 2015, pp. 29-30.

[44] O debía: éste era también un punto discutido.

[45] *Vid.* Díaz Alabart, 2004, p. 70; Fábrega, 2006, p. 8; Jiménez Muñoz, 2010, pp. 634 ss.; Rivera Alvarez, 2010, p. 1003; Leciñena, 2015, pp. 29 y 32-33; García Alguacil, 2016, pp. 176-177; Lescano, 2017, pp. 54 ss.

realidad esencialmente fáctica, sin que pudiera darse relevancia significativa a las previsiones legales al respecto, que no eran sino disposiciones puntuales: de otro modo –aducían– se desnaturalizaba la guarda, transmutándola, de realidad fáctica, en figura legal[46].

Se generó asimismo discusión acerca de en qué casos podía existir guarda de hecho, habiendo un entendimiento más amplio y otro menos. Para el menos amplio, la guarda de hecho sólo era posible en los casos de personas con incapacidad (discapacidad) que no hubieran sido judicialmente incapacitadas o de personas cuya tutela se estuviera desempeñando por sujeto incurso en causa legal de inhabilidad[47]. Para el entendimiento más amplio, en cambio, la guarda de hecho podía darse, además de en los casos anteriores, también en los de personas incapacitadas judicialmente a las que se había designado tutor o curador cuyo nombramiento adolecía sin embargo de irregularidades, o cuando los tutores o curadores designados no habían cumplido los requisitos exigidos por la ley para iniciar el ejercicio del cargo[48], o no lo ejercían efectivamente, o lo seguían ejerciendo después de haber terminado el cargo. En la doctrina había coincidencia en que el entendimiento más amplio era más conveniente para atender a la persona con discapacidad y a los intereses en juego, pero que efectivamente fuera así era cosa que unos afirmaban *de lege lata* mientras que otros lo hacían sólo como consideración *de lege ferenda*[49].

Se vino además a discutir si la guarda de hecho era una realidad de carácter necesariamente provisional y transitorio, llamada a ser sustituida por una institución legal de guarda tan pronto como un Juez tuviera conocimiento de su existencia, o si por el contrario podía mantenerse en el tiempo con visos de estabilidad. La primera opción fue la que en los primeros momentos contó con más adeptos[50], porque era la que parecía acomodarse mejor a los datos

---

[46] En este sentido, Parra Lucán, en *Comentarios al Código civil,* 2013, p. 2533; y Martínez De Aguirre, 2014, pp. 119 y 124-125.

[47] Artículos 241 y 243-245 CC, en su redacción de entonces.

[48] Toma de posesión, realización de inventario, prestación de fianza.

[49] Sobre esta cuestión, *vid.* Lete, 1985, pp. 485-488, Bercovitz, 1986, pp. 787-788; Sancho Rebullida, 1989, pp. 341-342; Rogel, 1991, p. 861; Afonso Rodríguez, en AC 1995-2, pp. 322-325; Núñez Muñiz, en RDP 1999, pp. 429, 433-436 y 438-439; Escalonilla, 1999, p. 304; Sancho Gargallo, 2000, pp. 231-232; Zurita, 2004, pp. 171-172; Fábrega, 2006, pp. 10-13 y 88; Berrocal Lanzarot, en RCDI 2010, pp. 2854-2857; Jiménez Muñoz, 2010, p. 627; Madriñán, 2011, pp. 616-618; Lescano, 2017, pp. 48-54.

[50] Así Moreno Quesada, en RDP 1985, p. 326; Lete, 1985, p. 326; Bercovitz, 1986, pp. 788-789; Martínez Díe, 1999, pp. 199-201; Escalonilla, 1999, pp. 303-304; Núñez Muñiz, en RDP 1999, pp. 431-432; Rivera Alvarez, 2010, pp. 1006-1007 y 1018-1020; Jiménez Muñoz, 2010, pp. 629-630; Parra Lucán, en *Comentarios al Código civil,* 2013, pp. 2532, 2537 y 2540-2541; Parra Lucán, 2014, pp. 2485 y 2488-2490; Leciñena, 2015, pp. 29, 31-32 y 49. Y *vid.* también el artículo 229 CC en su redacción de entonces, que hacía responder al guardador por los daños y

positivos del Código civil tras su reforma por la Ley 13/1983[51], pero con el tiempo fue sin embargo la segunda opción la que prevaleció, asentándose la idea de que, cuando tuvieran noticia de la existencia de una persona con discapacidad y de una guarda de hecho de la misma, ni el Ministerio Fiscal estaba obligado a pedir en todo caso la incapacitación de aquélla ni el Juez lo estaba a someterla a tutela o curatela, si estimaban que esa persona se encontraba debidamente atendida por el guardador de hecho[52].

---

perjuicios que el no haber promovido la constitución de la guarda legal causara a la persona con discapacidad.

[51] Véase la remisión que el artículo 303 CC (en su redacción de entonces) hacía a los artículos 203 y 228 (también en su redacción de entonces):

Artículo 303: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que…*».

Artículo 203: «*El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración [de incapacitación] si las personas mencionadas en el artículo anterior [cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos] no existen o no la hubieran solicitado…*».

Artículo 228: «*Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela*».

[52] En contra del carácter necesariamente provisional y transitorio de la guarda se manifestaron Leña, 2000, p. 206; Fábrega, 2006, pp. 9, 30, 37 y 88-89; Berrocal Lanzarot, en RCDI 2010, pp. 2852-2853 y 2864; Pérez Monge, 2016, pp. 1351-1352; García Alguacil, 2016, pp. 176-177; Lescano, 2017, pp. 54 ss. Esta idea se sustentó primeramente en el artículo 762.1 LEC (en su redacción de entonces) y en la Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía general del Estado, y luego se reforzó con lo dispuesto en el párrafo segundo introducido por la Ley 26/2015 en el artículo 303 CC, en el que se establecía que, cuando el Juez tuviera conocimiento de la existencia de una situación de guarda de hecho, podía otorgar facultades tutelares a los guardadores mientras se mantuviera esa situación y hasta que se constituyera la medida de protección adecuada, «*si procediera*». Los transcribimos a continuación.

Artículo 762 LEC (redacción inicial) (Medidas cautelares): «*1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación*».

Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía general del Estado, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (VII.2): «*(…) La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, realizada por cualquier otra persona conforme a lo previsto en el artículo 757.3, no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda. Esta conclusión queda confirmada a fortiori por el artículo 762.1, que dispone que el Fiscal, cuando la autoridad judicial haya puesto en su conocimiento la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá promover la incapacitación "si lo estima procedente" (…)*».

Artículo 303 CC (tras su reforma por ley 26/2015): «*1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. / Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores*».

La inicial disparidad de pareceres con respecto al carácter provisional o estable de la guarda de hecho se trató entonces de conciliar por parte de la doctrina posterior recurriendo

Finalmente, en razón de la lacónica regulación legal existente, se vino a discutir también cuál era el régimen supletorio aplicable a la guarda de hecho, habiendo quienes consideraban que tal régimen había de buscarse en lo dispuesto en el Código civil para el mandato o la gestión de negocios ajenos[53], y quienes estimaban que lo procedente era acudir a las normas de la tutela[54].

Expuestas esas cuestiones discutidas, ahora bien, no resulta necesario aquí entrar a dilucidarlas en relación con el sistema entonces vigente. Nos basta con dejarlas apuntadas. Lo que sí conviene destacar son dos cosas.

Una, que en la práctica la guarda de hecho no planteaba apenas problemas[55]. Lo que seguramente se explicaba por «la socialmente generalizada aceptación de la validez de la actuación, bien de la

---

a la distinción de tipos de guarda de hecho antes dicha: «esta polémica se genera –dijo Lescano, 2017, p. 37– porque no se llega a identificar que el artículo 303 del Código civil admite dos tipos de guarda de hecho: una en sentido estricto, sin vocación de futuro, destinada a desembocar en uno de los mecanismos de guarda previstos en el artículo 215 del Código civil; y otra, con pretensiones de estabilidad y bajo supervisión judicial, pero sin normativa que la discipline».

[53] En este sentido se pronunciaron Moreno Quesada, en RDP 1985, pp. 324-325; y Bercovitz, 1986, p. 793. No podía buscarse tal régimen supletorio en lo dispuesto en el Código para la tutela –se dijo–, porque la falta de norma de remisión en ese sentido no se soslayaba con la remisión puntual contenida en el artículo 306 CC, y ello debía llevar a entender que, en lo no regulado en los artículos 303, 304 y 306 CC, el legislador no había querido se le aplicara supletoriamente el régimen dispuesto para la tutela (Bercovitz, *op. et loc. cit.*). Este último autor afirmaba además que en contra de esta postura no tenía peso suficiente «la colocación sistemática [del] Capítulo V [en el que se trataba de la guarda de hecho] dentro del Título X [que llevaba por rúbrica "*De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados*"], puesto que en el artículo 215 que encabeza dicho Título no se enumera, entre las instituciones de guarda y protección de menores e incapacitados, la guarda de hecho, ni se contiene referencia alguna a la misma. Tampoco contienen los artículos 303, 304 y 306 CC –añadía– alguna referencia expresa que permitiese considerar a la guarda de hecho como una figura próxima o similar a las enunciadas en ese artículo 215».

[54] En este sentido se manifestaron Sancho Rebullida, 1989, p. 345; Rogel, 1991, p. 864; Fábrega, 2006, pp. 31 y 90; Sancho Gargallo, 2010, p. 235; Berrocal Lanzarot, en RCDI 2010, p. 2862; Jiménez Muñoz, 2010, p. 640; Madriñán, 2011, p. 623; Lescano, 2017, pp. 74-75; quizá también Álvarez Lata Seoane, en *Derecho Privado y Constitución*, 2010, pp. 42-43. Esta segunda opción se apoyaba en la consideración de que la guarda de hecho, al igual que la tutela, también era figura de actuación habitual en orden a la protección de personas afectadas de discapacidad, así como en la consideración de que ésa era la solución que mejor convenía para la protección de los intereses en juego. Esta postura encontraba además algún apoyo en el Anteproyecto privado contenido en el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela* (1977), cuyo artículo 307 establecía que «*quien, careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses, quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores*». Este recurso a las normas de la tutela, naturalmente, se propugnaba como procedente siempre que sus normas fueran conciliables con la naturaleza de la guarda: como normas que no lo eran se señalaban, entre otras, las relativas a los requisitos exigidos para ser tutor, a la formación de inventario, y a las garantías a prestar por quien desempeñara la labor tuitiva (sobre esto, *vid.* Moreno Quesada, en RDP 1985, pp. 324-325; Rogel, 1991, p. 864; Jiménez Muñoz, 2010, p. 640; Lescano, 2017, p. 75).

[55] Álvarez Lata Seoane, en *Derecho Privado y Constitución*, 2010, p. 41.

persona afectada por la discapacidad psíquica, bien de su guardador de hecho, en relación con los actos corrientes de la vida ordinaria»: «en muchas ocasiones –se dijo–, esta doble legitimación, consuetudinariamente admitida, puede ser suficiente para el normal desarrollo del día a día del discapacitado psíquico y para la atención adecuada de sus necesidades habituales»[56].

Y otra, que, tras el reconocimiento positivo –aunque escueto– que la Ley 13/1983 había dado a la guarda de hecho, con el paso del tiempo ésta fue afianzándose y ganando terreno, tanto a nivel legal como doctrinal. A nivel legal, a resultas de la atribución a la misma de una operatividad cada vez mayor por parte de diversas normas –*v. gr.*, Leyes 41/2002[57], 41/2003[58], 39/2006[59] y 1/2009[60]–,

---

[56] Martínez De Aguirre, 2014, pp. 126-127.

[57] 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, cuyo artículo 9.3 (Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación) establecía lo siguiente: «*Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones* familiares *o de hecho*».

[58] Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, en cuyo artículo 3.1.c) (en su redacción de entonces) se establecía que «*El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil*».

[59] Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Esta ley tiene por objeto el conferimiento de ciertos derechos a las personas que obtienen la consideración de dependientes, cuya declaración como tal requiere un procedimiento administrativo previo cuyo desarrollo ha sido realizado –en ejercicio de sus competencias– por cada una de las Comunidades autónomas en las que hoy se estructura políticamente España. Pues bien, lo destacable aquí es que, si bien la regulación dispuesta por estas Comunidades parece partir de que son el propio interesado y su representante legal los legitimados para presentar solicitud en orden a iniciar el correspondiente procedimiento (*vid.* art. 28.1 de la Ley), luego la Resolución de 16 de julio de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, sobre el procedimiento a seguir para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia, establece explícitamente en su Anexo V.3 un modelo para la presentación de tal solicitud por parte del guardador de hecho. Y, en esta línea, prácticamente todas las Comunidades autónomas, al concretar el procedimiento y elaborar el modelo de solicitud, incluyen entre los sujetos legitimados también al guardador de hecho, reconociéndole legitimación incluso para gestionar (en interés de la persona con discapacidad) la prestación que en su caso se le conceda. Sobre esto, *vid.* Moretón, 2010, pp. 849-890.

[60] Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. De esa ley, interesan aquí su artículo primero. Dos, y su Disposición Adicional única. Aquél daba nueva redacción al artículo 38.6.º de la Ley del Registro Civil de 1957, permitiendo anotar en el Registro Civil la existencia de un guardador de hecho y las medidas de vigilancia que eventualmente

con posibilidad incluso de representar a la persona guardada en determinados casos. Y a nivel doctrinal porque, imbuída de las disposiciones de la Convención de Nueva York de 2006, se formó entre nosotros una importante corriente que vino a considerar la guarda de hecho como figura adecuada para integrar de modo regular el sistema de tuición de las personas con discapacidad y para salvar la rigidez y los inconvenientes del régimen de incapacitación propio del sistema entonces vigente, cuya denuncia ya se había extendido por entonces en España[61] –aunque esta pretensión no resultaba viable *de lege lata* en aquel momento[62]–.

Las cosas han cambiado, sin embargo, tras la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Porque esta ley, tal como ya se ha dicho, ha venido a derogar casi en bloque la regulación anterior del Código civil en este tema y a sustituirla por otra –contenida en el nuevo Título XI del Libro I del Código– en la que se configura la guarda de hecho en términos sustancialmente diferentes a los que se daban en el sistema anterior. Esto se comprueba si se vuelven a analizar, pero a la luz de la nueva regulación, las varias cuestiones discutidas en relación con la guarda de hecho que hemos visto unas páginas atrás.

Tenemos así, de entrada, que la polémica relativa a su naturaleza –jurídica, o meramente fáctica– se ve hoy resuelta de modo claro a favor de la primera opción –esto es, que la guarda de hecho es una figura propia y plenamente jurídica–, lo que se justifica por cuanto la misma viene ya incluida de forma expresa, junto a la curatela y al defensor judicial, en la relación de figuras que se contemplan como medidas de apoyo a personas con discapacidad: artículo 250 CC, en su redacción actual[63].

---

dispusiera al respecto un Juez. Y la Disp. Adic. Única, por su parte, establece que «3.– *La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar, o en su caso el guardador de hecho, estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones*».

61 *Vid.* Leciñena, 2015, pp. 32-34 y 41 ss.; Pérez Monge, 2016, p. 1351; tal vez también, aunque con alguna reserva, Berrocal Lanzarot, RCDI 2010, pp. 2852-2853 y 2864; García Alguacil, 2016, pp. 170-172 y 181-182; y Lescano, 2017, pp. 313-318.

62 Aparte, a esa pretensión se objetaba también el peligro que llevaba implícito, de establecer una cierta incapacitación *de facto* de las personas, sin las garantías del procedimiento legalmente diseñado en ese sentido (Parra Lucán, en *Comentarios al Código civil,* 2013, pp. 2533-2534, y en *La guarda de hecho*…, 2013, pp. 263-264). Lo reconocía también Leciñena, 2015, pp. 34 y 41-42.

63 Así lo dice explícitamente el Preámbulo (III) de la ley 8/2021: «… *conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo al dejar de ser una institución provisional cuando se manifiesta como suficiente para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está*

En segundo lugar tenemos que hoy queda superada la disquisición acerca de la procedencia o no de distinguir dos tipos de guarda de hecho –en sentido estricto, uno, y judicializada, otro–, pues en el sistema diseñado por la ley 8/2021 es claro que, aun siendo plenamente jurídica, es la propia naturaleza de esta figura la que determina que en su constitución y actuación no éste sometida en todo a intervención judicial. Esto, ahora bien, no plantea problema ninguno: ocurre, simplemente, que su naturaleza es así[64].

Por cuanto hace al ámbito más o menos amplio de supuestos en que la guarda de hecho puede existir –tercera cuestión discutida–, resulta indudable que el sistema actual se ha inclinado por el entendimiento más amplio, al comprender en ese ámbito tanto los casos de personas con discapacidad que, precisando apoyo, *de facto* no cuentan sin embargo con medidas voluntarias o judiciales en ese sentido, como los casos en que, existiendo formalmente tales medidas, éstas no se están sin embargo ejerciendo eficazmente: *vid.* los artículos 250, párrafo cuarto, y 263 CC[65].

Y también se encuentra hoy zanjada la duda relativa a la dimensión temporal de la guarda –si es necesariamente provisional y transitoria, o por el contrario no es así–, ya que en el nuevo sistema resulta claro que la guarda se concibe como figura de carácter naturalmente estable[66]. Así se deriva tanto del Código civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ambos en su redacción por la Ley 8/2021. Pues, en el Código civil, el artículo 250 la contempla como medida de apoyo al mismo nivel que la curatela, y no contiene alusión ninguna a la idea de provisionalidad[67]; el artículo 269

---

adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho…, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea». Así lo dice también García Rubio (2017, p. 17) al comentar los trabajos que la Comisión general de Codificación –de la que ella era vocal– estaba realizando en aquel momento sobre el tema. Igualmente Pereña, RDC 2018, pp. 62 y 72. Tras la ley 8/2021, Leciñena, 2021, p. 648. Con matices, Díaz Pardo, 2022, p. 315.

[64] Díaz Pardo, 2022, p. 315. Magariños, en todo caso, considera que debería establecerse la obligación de poner en conocimiento del Juez la existencia de guarda de hecho (RDC 2018, p. 214).

[65] Pereña, en RDC 2018, pp. 73. Sin perjuicio de lo dicho, hay que tener cuidado en no confundir al guardador de hecho con el auxiliar de quien ostenta la guarda legal o judicial, pues en tal caso no hay guarda de hecho sino que esa persona es simplemente una ayuda o un ejecutor material de las instrucciones de aquél (*vid.* Jiménez Muñoz, 2010, p. 636).

[66] Sobre este aspecto, *vid.* Díaz Pardo, 2022, pp. 311-313.

[67] A este respecto, considerando las tres medidas de apoyo a las personas con discapacidad que la ley contempla hoy –guarda de hecho, curatela y defensor judicial–, se puede establecer contraposición entre la guarda de hecho y la curatela, de un lado, y el defensor judicial, de otro, pues las dos primeras están previstas para personas que precisen apoyo de modo continuado, estable, mientras que la última procede en cambio «*cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional*» (art. 250 CC). Así, claramente, el AAP de Pontevedra (Secc. 3.ª) 29 de marzo de 2023 (JUR 2023/344181). En la práctica, sin embargo, es

establece que «*la autoridad judicial constituirá la curatela… [sólo] cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*»; el artículo 267 apunta que la guarda de hecho se extingue, en lo que aquí interesa, «*cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que éste se organice de otro modo*» o cuando «*la autoridad judicial lo considere conveniente*»; y el artículo 263 dispone que la guarda de hecho que se venga ejerciendo adecuadamente puede continuar desempeñándose incluso si existen medidas de apoyo voluntario o judicial, cuando éstas no se están aplicando eficazmente. Y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 757.2 establece que el Ministerio Fiscal deberá promover proceso de adopción judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad si ellas mismas no lo hubieran promovido ni tuvieran cónyuge (o pareja) no separado, ni descendiente, ascendiente o hermano, o los tuvieran pero no hubieran presentado la correspondiente demanda, «*salvo que concluyera* –el Ministerio Fiscal– *que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa*».

A la vista de lo cual nos encontramos con que la guarda de hecho se ha venido a convertir en el nuevo sistema en una figura plenamente jurídica, cuyos rasgos y función se pueden extraer perfectamente de la ley[68]. La guarda de hecho, hoy, se puede conceptuar como una medida de carácter fáctico e informal pero regular y estable, cuya función es apoyar a las personas con discapacidad para que puedan ejercer adecuadamente su capacidad jurídica de modo que logren el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad con las demás personas[69]. Se trata de una figura paralela a la curatela en cuanto a

frecuente considerar que el apoyo continuado requiere de curatela –generalmente mezclando el carácter continuado del apoyo con la función representativa del mismo, como veremos en su momento–, y por tanto que en tal caso la guarda de hecho no es medida de apoyo adecuada: *vid.* SAP Asturias (Secc. 6.ª) 25 de junio de 2024 (JUR 2024/302078); SAP La Coruña (Secc. 4.ª) 24 de abril de 2023 (JUR 2023/285894) y AAP Alicante (Secc. 6.ª) 4 de julio de 2024 (JUR 2024/446784).

[68] Aunque sigue faltando en la ley la regulación de algunas cuestiones, *v. gr.*, el señalamiento claro de cuáles son las normas a las que acudir supletoriamente, en caso de insuficiencia de su regulación (Pereña, RDC 2018, pp. 74-75; Parra Lucán, *La guarda de hecho…* 2013, pp. 253-254); o cómo proceder en caso de varios guardadores simultáneos (Leciñena, 2021, p. 654).

[69] El carácter estable de la guarda de hecho determina que ésta no pueda identificarse con la gestión de negocios ajenos sin mandato (arts. 1888-1894 CC), aunque en el sistema anterior lo considerara así durante un tiempo un sector de la doctrina (así se reconocía en el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, 1977, p. 29; y por Bercovitz, 1986, p. 786). Pero entre una figura y otra había –y hay– diferencias claras: a) La gestión de negocios ajenos normalmente hace referencia a asuntos concretos y es por tanto puntual en el tiempo, mientras que la guarda de hecho suele abarcar un conjunto de asuntos del guardado más o menos amplio, y tiene además carácter estable; b) La gestión de negocios ajenos presupone que el titular de tales negocios no es persona con discapacidad, mientras que la guarda de hecho procede precisamente sobre tal base; c)

su función y ámbito potencial de operatividad[70], distinguiéndose entre sí en que la guarda es una medida informal, que existe de hecho, mientras que la curatela es de establecimiento formal[71].

Al igual que ocurría en el sistema anterior, cabe pensar que la guarda de hecho será una de las figuras más extendidas en el sistema actual, pues, aunque la ley se ocupa de regular con mucho más detalle tanto las medidas de apoyo que voluntariamente puede adoptar en ese sentido ante Notario el propio interesado como las que puede disponer un Juez, es fácil suponer que éstas seguirán sin ser mayoritarias desde el punto de vista estadístico[72].

La regulación de la gestión de negocios ajenos atiende propiamente a actos de contenido patrimonial, mientras que la guarda de hecho comprende asuntos tanto patrimoniales como personales; d) Además, el tratamiento de los actos realizados por el gestor y por el guardador es distinto. Para el gestor, la norma a considerar es el artículo 1893 CC, que establece que el *dominus negotii* es responsable de las obligaciones contraídas en su interés por el gestor, no sólo cuando aquél aproveche las ventajas de la gestión sino también cuando, aunque no le reporte provecho, la misma se haya hecho para evitarle un perjuicio inminente y manifiesto. En relación con el guardador, en cambio, la regulación es otra: en el sistema anterior venía dada fundamentalmente por el artículo 304 CC, que establecía que la validez de los actos realizados por el guardador quedaba supeditada no sólo a que éstos se hubieran hecho en interés del guardado, sino también en su utilidad; en el sistema actual, el régimen a considerar es el que iremos viendo a lo largo de este trabajo. Para un estudio detenido de las diferencias apuntadas entre la guarda de hecho y la gestión de negocios ajenos sin mandato en el sistema anterior, y de otras posibles diferencias –algunas discutibles–, *vid.* Rogel, 1991, pp. 862-863; Leciñena, 2015, pp. 49-50; y Lescano, 2017, pp. 43-46. Es llamativa a este respecto, sin embargo, la postura de Solé Resina, que todavía hoy propugna la aplicación supletoria, a la guarda de hecho, de las normas del mandato (2021, p. 387). También Marín Calero (2022, pp. 133-134) y Carrasco Perera (2022, p. 264) parecen considerar, tras la ley 8/2021, que el guardador puede ser considerado un gestor de negocios ajenos, y serle de aplicación los artículos 1888 ss. CC.

[70] Las facultades del guardador –dice López san Luis– «se han visto reforzadas abarcando cualquier entorno de la esfera personal o patrimonial de la persona con discapacidad, salvo el ejercicio de los derechos de la personalidad» (2022, p. 84).

[71] Las medidas de apoyo formal son la curatela y el defensor judicial –si hablamos de medidas de apoyo judiciales– y la designación de persona de apoyo o el otorgamiento de mandatos y poderes preventivos por parte de la propia persona concernida –si hablamos de medidas de apoyo voluntarias– (*vid.* Díaz Pardo, 2022, pp. 309-311). Se caracterizan las formales –dice Solé Resina (2021, p. 383)–, por establecerse con intervención de una autoridad (Juez o Notario) siguiendo un determinado procedimiento o protocolo (judicial o notarial) y disponerse en un instrumento formal (resolución judicial o escritura pública). Las informales, en cambio –sigue diciendo Solé Resina–, se caracterizan porque existen de hecho, sin que haya intervenido ninguna autoridad pública, sin haberse seguido procedimiento para su adopción, y sin constituirse en instrumento formal.

[72] La curatela, tanto en el sistema anterior como en el actual, tiene en efecto una regulación más extensa que la guarda de hecho –está recogida en el Capítulo IV del Título XI del Libro I del Código civil (arts. 268 a 294)–, pero esto se explica por el carácter supletorio de la curatela, no por tener esta figura una importancia mayor. De hecho, en cierto modo cabe incluso atribuir a la guarda de hecho preferencia sobre la curatela, con base en lo dispuesto en los artículos 255 y 269 CC. Pues aquél establece que «*Sólo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria* [mandatos y poderes preventivos], *y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*». Y el artículo 269, por su parte, establece que la curatela se constituirá por la autoridad judicial «*cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*», siendo así que parece más fácil exista guarda de hecho –medida de apoyo potencialmente suficiente *ex* artículo 250 del Código– que curatela, dado que ésta ha de ser dispuesta por el Juez tras solicitud en ese sentido por

2. FUNCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO EN EL SISTEMA ACTUAL. TIPOS DE APOYO, Y CRITERIO RECTOR DE LOS MISMOS

Apoyar a las personas con discapacidad para que puedan ejercer adecuadamente su capacidad jurídica es, como se acaba de decir, la función que la ley asigna hoy a todas las medidas existentes en este tema, y por tanto también al guardador de hecho. Esto resulta claro. Otra cosa ocurre, si del principio inspirador del nuevo sistema –de formulación no del todo precisa, como corresponde a tan elevado plano– se desciende al terreno del desenvolvimiento concreto de las medidas de apoyo en el día a día, pues entonces surge la siguiente pregunta: ¿en qué consiste exactamente ese apoyo? ¿Cuál es su sustancia?

La atención de la doctrina se ha centrado mayormente en el primero de los dos planos apuntados –principio del sistema–, lo cual, si bien comprensible inicialmente habida cuenta de la radical transformación acaecida en nuestro Ordenamiento a resultas de la Convención de Nueva York de 2006 y de la Ley 8/2021, hoy resulta insuficiente. Hemos dicho ya que existe guarda de hecho cuando alguien, *de facto* pero con carácter estable, apoya a persona afectada por discapacidad y ese apoyo no se limita a actuaciones de índole material o anímica sino que comprende también, y sobre todo, los asuntos de relevancia jurídica. Pero la cuestión que se plantea ahora es, ¿en qué consiste exactamente ese apoyo? ¿Cuál es la función que las medidas de apoyo –en nuestro caso, el guardador de hecho– despliegan en relación con las personas con discapacidad?

En la regulación dispuesta en el Código civil con anterioridad a la Ley 8/2021[73] no existía previsión explícita con respecto al contenido de la labor del guardador. De esa regulación únicamente se derivaba que el guardador no tenía conferida la representación de la persona guardada y no estaba por tanto legitimado para actuar en su nombre[74], sin perjuicio de que los actos que realizara en interés

parte de alguien legitimado para ello (en términos semejantes, García Rubio, 2022, p. 235; López san Luis, 2022, pp. 13 y 75; Ruiz-Rico, 2022, p. 279; De Verda, 2022, pp. 82-83; Díaz Pardo, 2022, pp. 313-315; Pérez Gallardo, 2021, p. 476; Guilarte Martín-Calero, 2021, nota 586; Pereña, RDC 2018, núm. 3, p. 68). En contra de este entendimiento parecen manifestarse sin embargo las RRDGSJFP 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324104) y 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324105), afirmando que la guarda de hecho es un medio de apoyo subsidiario, que sólo puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

[73] Artículos 303 y 304 CC, en su redacción de entonces.

[74] Salvo en casos puntuales previstos en normas extracodiciales que con el tiempo fueron apareciendo. *V. gr.:* artículo 9.3.a) 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 (*vid. supra* nota 57); artículo 3.1.c) de la Ley 41/2003,

de esa persona –en pretendida representación suya, según la *communis opinio* de la época– no fueran impugnables si tenían un resultado objetivamente útil para ella[75]. Este planteamiento, ahora bien, no sirve para determinar cuál es la sustancia del apoyo propio del guardador de hecho hoy, no sólo por el carácter excepcional que en el sistema anterior tenía esa convalidación de los actos útiles sino sobre todo porque esa regulación ha sido derogada y no existe en el Ordenamiento actual.

¿En qué consiste entonces, en el nuevo sistema, el apoyo que el guardador presta a la persona con discapacidad psíquica? Al igual que ocurría en la regulación anterior, tampoco hoy hay una respuesta explícita a esta cuestión en el capítulo que el Código civil dedica en particular a la guarda de hecho –Capítulo III del Título XI del Libro I: artículos 263 a 267–[76]. Hay que buscarla en otro lugar.

A este fin cabría pensar en acudir al Preámbulo de la Ley 8/2021, cuyo apartado III, aunque hablando en términos generales, dice que «*la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que… es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la*

---

de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en su redacción inicial) (*vid. supra* nota 58); Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (*vid. supra* nota 59); Disposición Adicional Única de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad (*vid. supra* nota 60).

[75] Artículo 304 CC, en su redacción de entonces: «*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del… presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*». Esto hacía que no fuera descabellado pensar que, cuando ese resultado se producía, la actuación del guardador se aproximaba a la propia del tutor. Discutieron los autores, no obstante, si en algunos casos la función del guardador se podía aproximar a la del curador. A favor de entender que el guardador podía asumir funciones tanto de tutor como de curador –con base en que también dentro de la incapacidad no declarada existían grados– se mostraron Bercovitz (1986, p. 794), Rogel (1991, pp. 861-862), Núñez Muñiz (RDP 1999, pp. 437-438), Martínez Díe (1999, pp. 198-199), Fábrega (2006, p. 14), Jiménez Muñoz (2010, pp. 638-639). En contra se pronunciaron Sancho Rebullida (1989, p. 344) y Lete (1985, p. 489), argumentando que si bien las figuras legales –tutela y curatela– admitían calificación y gradación, no ocurría lo mismo con las realidades fácticas como lo es la guarda de hecho, resultando entonces a su juicio que el incapaz no incapacitado judicialmente, o bien operaba enteramente por sí solo –con base en la plena capacidad de obrar que se le presumía–, o bien lo hacía a través de otra persona (el guardador), que de hecho lo sustituía operando a modo de tutor (se excluía, por tanto, la función de curador).

[76] Así lo advertía ya Amunátegui (2019, pp. 36-37), en relación con el Anteproyecto de junio de 2018.

toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad»[77]. Esta idea, sin embargo, resulta demasiado heterogénea en su contenido y demasiado vaga en su formulación como para resolver la cuestión. Hemos de reorientar, pues, la indagación.

Para lo cual acudimos a las «*Disposiciones generales*» recogidas en el Capítulo I del Título XI del Libro I del Código civil –Título cuya rúbrica es «*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*»–, y más concretamente a sus artículos 249 y 250, en los que se atiende de forma propia y clara a la cuestión que aquí nos ocupa: determinar en qué consiste hoy la función de las medidas de apoyo. Para entender debidamente estos preceptos, ahora bien, conviene considerar la evolución experimentada, desde 1983 hasta la aprobación de la Ley 8/2021, por las dos figuras tradicionalmente principales en este tema en nuestro Derecho: la tutela y la curatela –pues de la guarda de hecho, como ya se ha dicho, muy poco útil se puede extraer de la regulación anterior–.

Y así, tenemos que en la Ley 13/1983 la tutela operaba sustituyendo el tutor a la persona con discapacidad tutelada –por haberse establecido previamente por sentencia, en procedimiento tramitado al efecto, que esta persona carecía de capacidad de obrar–, lo que se posibilitaba mediante el conferimiento a aquél de la representación de ésta, para que pudiera actuar en el tráfico jurídico en su nombre.

En caso de curatela, en cambio, el sometido a ella, aunque limitada –también por sentencia– conservaba cierta capacidad de obrar, lo que se traducía en que la función del curador consistía en complementar esa capacidad. En orden a la realización de actos afectados por esa limitación, por tanto, el curador no representaba –no sustituía– al curatelado sino que la iniciativa y la decisión de realizarlos la tenía éste, hasta tal punto que sin ella nada podía hacer el curador. La virtualidad de la actuación del curador era posibilitar al curatelado la realización válida e inimpugnable de tales actos, aportando el

[77] Esa idea es muy semejante a la que ofrece la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, que desarrolla el contenido del artículo 12 de la Convención de Nueva York diciendo (17) que «*Apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo (…) El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* –sigue diciendo– *puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad –por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas–… El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales…*».

complemento de capacidad necesario, o no posibilitarla si, por considerar que tales actos no eran beneficiosos para éste, no lo aportaba.

En los primeros tiempos de la Ley 13/1983 la tutela fue la figura central del sistema, quedando la curatela como una figura casi residual desde el punto de vista estadístico.

Tal planteamiento cambió sin embargo a partir de la ratificación por España de la Convención de Nueva York del año 2006[78]. Porque, aunque la jurisprudencia estimó inicialmente que el sistema establecido por la Ley 13/1983, debidamente interpretado, era compatible con las exigencias de la Convención[79], en los años siguientes fue evolucionando en el sentido de considerar que la figura que debía tener mayor protagonismo en el tema no era la tutela sino la curatela, por cuanto ésta, al no sustituir la voluntad de la persona con discapacidad por la de otra, resultaba más acorde con la Convención[80]. La tutela fue quedando reducida, pues, a los casos en que la persona con discapacidad no podía en absoluto formar una voluntad jurídicamente válida –ni por sí sola, ni con el complemento de otra–, optándose en general por la curatela si la persona conservaba alguna capacidad de obrar que le permitía actuar por sí misma aunque fuera contando con el complemento de otra persona. Este fue el sentido en que a partir de 2009 los tribunales vinieron progresivamente a resolver los casos que se les plantearon, disponiendo la curatela incluso en supuestos en que la modificación –la limitación– de capacidad de obrar que se decretaba en relación con una persona era muy amplia y los actos para los que se requería el complemento del curador, en consecuencia, eran importantes y numerosos.

Pero no fue sólo eso. Es que además, avanzando el tiempo, en los años inmediatamente anteriores a la aprobación de la Ley 8/2021 la separación entre las funciones de la tutela y la curatela –representar y sustituir a la persona tutelada, aquélla; complementar la capacidad de obrar de la persona curatelada, ésta– se fue diluyendo, considerándose que el curador podía desempeñar en relación con una misma persona tanto una como otra función, según cuáles fueran los actos de que se tratara. Esto se justificó aduciendo que el fin último del Ordenamiento era dotar, a las personas que no tenían plena capacidad de obrar, «de un sistema de guarda flexible adaptado

---

[78] *Vid.* Las exposiciones que a este respecto hacen Andréu Martínez, 2018, pp. 540-547; De Salas Murillo, 2018, pp. 80-83; y De La Iglesia Monje, 2020, pp. 157-162.

[79] *Vid.* la importante y conocida STS 29 de abril de 2009 (RJ 2009/2901).

[80] *Vid.* la Instrucción núm. 3/2010 de la Fiscalía general del Estado. En la doctrina, García Alguacil, 2016, pp. 158-161.

a su concreta situación», y que esto hacía compatible la representación en unos casos y la mera asistencia en otros[81].

Esto expuesto, ahora bien, hemos de preguntarnos: ¿es, ese modelo flexible al que se había llegado en relación con la curatela, el apoyo concebido en términos amplios de que habla el Preámbulo de la Ley 8/2021? ¿Es, ése, el apoyo que prestan hoy a la persona con discapacidad el curador o el guardador? Hablamos ahora de curador y de guardador, y no de tutor, porque en el sistema actual la tutela se ha descartado para las personas con discapacidad –ha quedado circunscrita a los menores de edad no emancipados no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo[82]–, y porque en el nuevo sistema existe paralelismo en este sentido entre la curatela y la guarda de hecho, contemplándose ambas como figuras de apoyo regular y estable a las personas mayores con discapacidad, una formal y otra informal pero ambas con la misma función –*vid.* el artículo 250 CC–. En todo caso, hecha esta observación, volvemos a la pregunta: ¿es, el que se ha descrito como existente en el tiempo inmediatamente anterior a la Ley 8/2021, el modo en que se configura el apoyo que tras la entrada en vigor de esa Ley prestan el curador y el guardador a las personas con discapacidad? Pues bien, la respuesta a esta pregunta ha de ser negativa, y en términos rotundos[83]. Ha de ser negativa porque, sin negar el valor de la flexibilidad que se había llegado a alcanzar en el sistema anterior, no se puede obviar que ese sistema procedía sobre una premisa –la existencia de personas que no tenían capacidad para realizar determinados actos, por haberles sido excluida o limitada en procedimiento seguido a tal efecto– que el sistema hoy vigente no admite[84]. El nuevo sistema, en efecto, ha venido precisamente a erradicarla, y de ahí se deriva como consecuencia que la función que aquellas medidas tenían en el sistema anterior no se puede trasladar sin más a las medidas de apoyo del sistema hoy vigente[85].

---

[81] STS 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4760). Se refrendaban, así, los postulados que un sector de la doctrina había sostenido con anterioridad: *vid. supra* nota 75.

[82] Artículo 199 CC en su redacción actual, dada al mismo por la Ley 8/2021.

[83] Antes de la Ley 8/2021, García Alguacil daba sin embargo a esta cuestión una contestación de sentido positivo (2016, pp. 158-160).

[84] De Salas Murillo, *Rev. doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, 2018, núm. 5, pp. 80-84.

[85] En la doctrina hoy, en ocasiones, cabe apreciar todavía resabios terminológicos o de expresión propios del sistema anterior, que parecen seguir considerando los apoyos del nuevo sistema a la luz del anterior. Así, *v. gr.* Guilarte Martín-Calero –aunque ciertamente no es su idea, sino la impresión que resulta de alguna frase suelta–, cuando, hablando del sistema actual, dice que «la asistencia que presta el curador… es técnicamente un asentimiento», «una especie de declaración de conformidad» en relación con el acto que la persona con discapacidad quiera realizar en ejercicio de su capacidad jurídica (2021, p. 549).

¿En qué consiste entonces, en el nuevo sistema, el apoyo de que hablan los artículos 249 y 250 CC? La respuesta requiere distinguir dos tipos de apoyo: uno de carácter asistencial, otro de carácter representativo.

2.1 **Apoyo de carácter asistencial**

Contemplado en los párrafos primero y segundo del artículo 249 CC, este apoyo es el que procede en relación con personas afectadas por discapacidad pero que eso no obstante tienen lo que tradicionalmente se ha dado en llamar «capacidad natural de entender y querer», esto es comprensión suficiente del significado y alcance –personal y económico– de los actos y negocios jurídicos, y voluntad racional y libre para quererlos o no. En el nuevo sistema, este apoyo es el que se configura como regla general, por cuanto se parte de la base de que la mayoría de las personas con discapacidad tienen capacidad natural de entender y querer.

Pero, ¿cuál es su contenido o esencia? Según resulta de esos mismos dos párrafos, el apoyo consiste en este caso en proporcionar a esas personas la asistencia o ayuda que precisan para compensar el déficit determinado por su discapacidad y poder así llevar adelante un proceso de toma de decisiones jurídicamente relevantes en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad. Todo ello, con el fin de posibilitarles el desarrollo pleno de su personalidad[86].

En cuanto al modo de concretarse este apoyo, se explicita en el párrafo segundo del mismo artículo 249 CC –posiblemente la disposición más novedosa y fundamental del nuevo sistema, a pesar de que su formulación no sea en este punto la más adecuada[87]–: pasa porque la persona de apoyo –en nuestro caso, el guardador de hecho– proporcione a la persona con discapacidad la información que ésta precise en relación con el acto o negocio que quiere realizar, así como porque le proporcione también la ayuda en el razonamiento que precise para neutralizar los efectos de su discapacidad[88]. Lo que significa que el contenido del apoyo puede variar en

[86] Lora-Tamayo, *El Notario del siglo xxi*, mayo-junio 2021, núm. 97, p. 38; Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 522-523; Leciñena, 2021, pp. 656-657; Pérez Gallardo, 2021, pp. 476 y 478; Vaquer Aloy, 2022, pp. 509-511.

[87] No es la más adecuada, porque la proposición de ese párrafo que se ocupa de esta cuestión se sitúa a continuación de otra –la que dice que «*Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a…*»– que versa sobre cuestión distinta, como vamos a ver en este mismo apartado, y va además precedida de un adverbio –«*Igualmente…*»– que parece asignarle un valor secundario.

[88] Esta función del apoyo asistencial se reitera luego explícitamente en la regulación específica de la curatela, en el artículo 282, párrafo cuarto, CC, y no en la de la guarda de

función de lo que requiera la persona con discapacidad de que en cada caso se trate[89], aunque en la mayoría de las ocasiones seguramente no pueda limitarse a proporcionarle información sino que deba ir más allá, en el sentido de ayudarle a razonar en el asunto –la decisión, el acto, el negocio– que esté considerando[90]. Que sea así se justifica por cuanto proporcionar información no es sino una actuación instrumental al servicio del fin principal que en este tema se pretende: que la persona con discapacidad comprenda y evalúe debidamente el alcance del acto que pretende realizar[91]. El apoyo, por tanto, puede ser de gran amplitud e intensidad.

Es éste, pues, un apoyo que presenta una sustancia muy distinta a la propia de las figuras del sistema anterior, cosa por otra parte lógica, pues si el sistema actual pretende que las personas con discapacidad sean protagonistas de sus propias vidas en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, de ahí se deriva que, como medio para hacer eso viable, la función del apoyo asistencial ha de ser distinta.

Sentado lo anterior, hemos de ver entonces cuál es el criterio que debe regir la actuación de la persona de apoyo en este caso. Para ello hay que empezar atendiendo al párrafo segundo del artículo 249 CC, en concreto a la proposición que establece que «*Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera*». Se trata de una norma referida en principio a los casos de apoyo asistencial –por contraposición a la contenida en el párrafo tercero de ese mismo precepto, que hace referencia explícita al caso de apoyo representativo–, y que según el entendimiento hoy generalizado entre nosotros dispone como criterio rector de la actuación de la persona de apoyo, que ésta proceda con arreglo a «*la voluntad, deseos y preferencias*» de la persona a la que apoya[92].

Por nuestra parte, sin embargo, no estamos conformes con ese entendimiento. La razón de nuestra disconformidad es que, cuando se está hablando de apoyo de carácter asistencial, carece de sentido sostener que la persona de apoyo, en su actuación, ha de proceder sometida o atenida a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona apoyada. Carece de sentido porque en este caso, en el

hecho (arts. 263 a 267 CC), pero esto no invalida lo dicho, por ser el artículo 249 CC disposición de alcance general.

89 Guilarte Martín-Calero, 2021, p. 520; Leciñena, 2021, p. 657.

90 SAP Asturias (Secc. 6.ª) 25 de junio de 2024 (JUR 2024/302078).

91 En este sentido se manifestó el Informe de la Relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad 2017 (37 Período de sesiones –del 26 de febrero al 23 de marzo de 2018–): A/HRC/37/56, núm. 41.

92 *Vid.*, entre otros, Guilarte Martín-Calero, 2021, p. 520; Leciñena, 2021, pp. 656-657; Díaz Pardo, 2022, pp. 317-320; López san Luis; 2022, p. 51.

actual sistema, la iniciativa, la decisión y la voluntad –en sentido jurídico– de realizar un acto corresponden en exclusiva a la propia persona con discapacidad –pues ésta, no obstante su discapacidad, tiene comprensión y discernimiento suficientes para ello–, lo que supone que su inclinación, deseos y preferencias no son sino elementos que esa misma persona integra en su proceso de razonamiento igual que lo hace una persona sin discapacidad. Y, siendo así, no tiene sentido entonces presentar «la voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad como criterio rector de la asistencia que la persona de apoyo debe prestarle: considérese que, si fuera de este modo, la persona de apoyo asistencial no podría discrepar de la persona con discapacidad ni aconsejarle en otro sentido durante el proceso de formación de voluntad y toma de decisión por parte de ésta sino que habría de limitarse a respaldar y reforzar –a «aplaudir», en el entendimiento coloquial de este término– la idea que la persona con discapacidad tuviera fuera cual fuera, lo cual constituye un absurdo.

El criterio rector de la actuación de la persona de apoyo asistencial –en nuestro caso, del guardador de hecho– tiene por tanto que ser otro. ¿Cuál? A nuestro juicio, teniendo presente que el objetivo del apoyo asistencial es que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de razonamiento en igualdad de condiciones que las demás personas, el criterio rector de la actuación de la persona de apoyo ha de ser proceder de forma honesta, cabal y sincera al aportar a la persona con discapacidad información relativa al acto que ésta pretende realizar –información adaptada a las circunstancias de esa persona, y con lenguaje accesible[93]– así como al ayudarle en su razonamiento sobre él, lo que incluye proporcionarle su parecer y consejo, e incluso rebatir y criticar la idea de aquélla[94]. Ciertamente teniendo presentes la voluntad (en el sentido coloquial

[93] Lo que puede significar, entre otras cosas, que la información no sea excesiva, cuando abrumar a la persona discapaz con una gran cantidad de datos suponga, más que ayudarle, entorpecerle, dificultarle o impedirle su proceso de comprensión y deliberación. Pero teniendo presente igualmente –yéndonos al extremo contrario– que la información que se le proporcione no puede tampoco ser insuficiente (Legerén, 2019, pp. 199-200; Marín Calero, 2022, p. 27).

[94] *Vid.* Marín Calero, que dice que «el apoyo no tiene por qué limitarse a lo informativo, pudiendo extenderse a la recomendación, el consejo o la sugerencia»; y que puede «también influir, convencer, recomendar, insistir» (2022, p. 56; *vid.* también pp. 31 y 207). En el sentido apuntado en el texto se pronuncia también Palacios González, 2021, p. 421; y, antes de la Ley 8/2021, Sánchez Gómez, RDC 2020, p. 407. Y en sentido semejante se orientaba asimismo la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación De Profesores De Derecho Civil (año 2018), cuyo artículo 175-5, aunque referido al curador, establecía que su función es «*proporcionar a la persona protegida información relativa a su situación personal y a los actos cuya conclusión es procedente, en particular su utilidad, la urgencia, los efectos del acto y las consecuencias de su no celebración*».

del término: inclinaciones), deseos y preferencias de esta persona, pero con libertad, sin estar sometido a ellas.

Es verdad, tal como se apunta por la doctrina mayoritaria, que el párrafo segundo del artículo 249 establece que «*las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias*» de la persona con discapacidad, pero es preciso aquí advertir que dice *atendiendo*, no *ateniéndose*, y que *atender* y *atenerse* son términos que tienen significados muy distintos: según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, atender es «tener en cuenta o en consideración una cosa», mientras que atenerse es «ajustarse, sujetarse alguien en sus acciones a alguna cosa»[95]. Y hay que advertir también, en el mismo sentido, que el artículo 250 CC establece que «*La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias*», pero que dice *respetando*, no *ateniéndose*, siendo así que el significado de uno y otro término no es el mismo[96].

Por supuesto, el apoyo ha de llevarse a cabo sin incurrir en actuaciones que sean constitutivas de intimidación, dolo o influencia indebida, porque dirijan arteramente el proceso de toma de decisión de la persona guardada o porque fuercen indebidamente su voluntad en uno u otro sentido[97], pero esto ya es otra cosa, que entra en el terreno de las actuaciones ilícitas.

La expuesta en los párrafos anteriores es la idea que a nuestro juicio resulta en verdad conforme con lo que establece el Código

---

[95] Así lo dicen también las SSTS 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4002) y 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023/356), aunque refiriéndose literalmente a la curatela y al artículo 268 del Código civil. En contra, García Rubio, *Los desafíos*…, 2023, p. 29, nota 6.

[96] En refuerzo de esto se puede quizá acudir también al párrafo primero del artículo 249 del Código civil, que dice que las medidas de apoyo «*deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales*». En la misma línea nos parece que se muestra hoy, tras su reforma por la Ley 3/2024, el Código de Derecho foral de Aragón, cuyos artículos 36 –1 y 4– y 37.1 dicen que «*las medidas de apoyo deben respetar los derechos y la dignidad de la persona con discapacidad*»; que «*La persona que preste el apoyo deberá actuar en beneficio de la persona apoyada y hacer todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría una persona razonable…*»; y que «*… las acciones de quienes presten el apoyo respetarán la autonomía e independencia de la persona con discapacidad, con atención a su voluntad y preferencias, preferencias, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, siempre que sea posible*».

[97] A este respecto, dice Legerén (2019, p. 200) que «en [la] labor de suministro de información se ha de ser especialmente cuidadoso en que la transmisión sea 'aséptica'. Dada la situación asimétrica y, por tanto, la facilidad, en algunos casos, de 'influenciar' la voluntad de la persona con discapacidad, ha de procurarse no 'acaparar' ni 'orientar' su decisión». En sentido semejante se pronuncia Palacios González, 2021, p. 421. Con respecto a no incurrir en influencia indebida o contraposición de intereses, Marín Calero (2022, p. 40), aunque eso no obstante admite –con un planteamiento sin duda muy realista– que a la hora de prestar apoyo, «si se trata de familiares o amigos…, cabe incluso la insistencia y una cierta manipulación» (2022, p. 56).

civil con respecto al criterio que debe regir la actuación de la persona de apoyo, tanto en su artículo 249, párrafo segundo, como en su artículo 250, también párrafo segundo. Aunque hemos de decir también que una formulación más atinada de esa proposición del artículo 249 hubiera sido deseable. Nótese que, tal como está, incurre en una mezcla confusa derivada de la utilización que hace de los términos «*voluntad*», «*deseos*» y «*preferencias*» como si fueran sinónimos, cuando no es así desde un punto de vista jurídico. No lo es, desde este punto de vista, porque «voluntad» es término que hace referencia al motor de la actuación externa y vinculante de una persona, mientras que «deseos» y «preferencias» son términos que aluden a la inclinación interna y no vinculante que una persona puede tener en un determinado sentido. Es cierto que «voluntad» es término que admite una doble acepción: jurídica –la que acabamos de apuntar– y coloquial –equivalente a inclinación, deseo o preferencia–, y es cierto también que si se emplea la coloquial esos tres términos –voluntad, deseos y preferencias– son sinónimos, pero, si atendemos a su acepción jurídica, que es la que aquí importa, resulta entonces que «voluntad», de un lado, y «deseos y preferencias», de otro lado, son nociones que tienen significado y alcance distintos[98]. En el entendimiento apuntado, sin embargo, esas nociones se mezclan, siendo ello fuente de equívocos como el visto.

2.2 **Apoyo de carácter representativo**

Contemplado en los párrafos primero y, sobre todo, tercero del artículo 249 CC, este apoyo procede cuando la persona con discapacidad no puede, ni siquiera contando con asistencia en los términos que se han expuesto en el apartado anterior, adoptar por sí misma una decisión ni realizar un acto de relevancia jurídica que sean atendibles, por ser su discapacidad tan grande que le impide comprender suficientemente el significado y alcance de los actos o negocios, así como le impide también tener una voluntad racional y libre en ese sentido[99].

En este caso la sustancia del apoyo es muy diferente a la que tiene en el supuesto anterior: en este caso el apoyo pasa por la representación de la persona con discapacidad. Así se establece explícitamente en el párrafo tercero del artículo 249 CC, y es inevitable que sea así –mal que le pese a la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y a cierta

[98] Hace referencia también a esto, aunque con un alcance no exactamente coincidente, Vaquer Aloy, 2022, p. 512.

[99] Leciñena, 2021, p. 660.

doctrina–, pues, si su discapacidad no permite en absoluto a la persona en cuestión decidir ni actuar por sí misma en la vida jurídica, no queda otra solución más que designar una persona «de apoyo» que la sustituya, decida por ella y actúe en su nombre (en puridad, hablar de apoyo en este caso no pasa de ser un eufemismo[100]).

Es importante destacar aquí, esto sí, que, según resulta del párrafo tercero del artículo 249 CC, esta función representativa procede sólo de modo excepcional. Es así, por cuanto el sistema actual discurre sobre la base de que la existencia de personas que no pueden adoptar por sí mismas una decisión ni aun contando con apoyo asistencial constituye un supuesto que se da sólo de modo excepcional (otra cosa es que la realidad no se acomode a esa premisa, pero en esto no entramos aquí).

Dicho lo anterior, hemos de ver entonces cuál es el criterio rector de la actuación de la persona de apoyo en este caso. Se trata de una cuestión particularmente importante, pues si aquí, a diferencia de lo que ocurre en caso de apoyo asistencial, quien actúa en el tráfico jurídico no es la persona con discapacidad sino la persona de apoyo, resulta indispensable que la ley fije el criterio por el que ésta se ha de guiar a la hora de tomar decisiones jurídicamente relevantes en relación con intereses de la persona representada.

Para resolver esta cuestión hay que empezar atendiendo al párrafo tercero del artículo 249 CC, que establece que «*En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta 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*».

¿Cuál es el criterio que andamos buscando? El Código civil establece lo que hemos transcrito. Lo que ocurre es que, de modo semejante a lo que hemos visto al tratar del caso anterior, tampoco en éste nos encontramos con una norma de formulación atinada. Nótese, por lo pronto, que ese párrafo parece hacer depender el carácter representativo del apoyo, de que no se puedan determinar –es decir, conocer– la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad, y esto no es así. El carácter representativo del apoyo depende de que la persona con discapacidad no tenga discernimiento suficiente para captar el significado y alcance de las

[100] Así lo considera también Marín Calero, 2022, p. 38.

cosas ni voluntad racional y libre para quererlas o no, pero que no tenga tal discernimiento o voluntad (en sentido jurídico) no supone necesariamente que esa persona no tenga inclinaciones (voluntad en sentido coloquial), deseos o preferencias, o que los tenga pero no se puedan conocer: es más, que tal cosa ocurra será extraordinario [101]. La norma mezcla confusamente, por tanto, el factor del que depende el carácter representativo del apoyo, con el criterio que ha de regir éste [102]. Y, siendo así, no se puede entonces tomar al pie de la letra lo dispuesto en ella sino que hay que proceder a su interpretación. ¿Cuál es el criterio rector en este caso?

En pura lógica, siendo coherentes con la filosofía que se dice inspira nuestro sistema actual, el criterio rector de la actuación de la persona de apoyo representativo debería ser atender, en primer lugar a «*la voluntad* (en el sentido coloquial del término, esto es, a la inclinación)*, deseos y preferencias*» de la persona con discapacidad, si éstos pueden conocerse, y en segundo lugar, si eso no es posible, a «*la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración*» [103]. El párrafo tercero del artículo 249 CC no debería, pues, tomarse literalmente, esto es, diciendo que en caso de apoyo representativo el único criterio a seguir es el de la trayectoria vital, creencias y valores de la persona con discapacidad. Es más, ni siquiera debería considerarse que esos elementos son los primeros a los que hay que atender en este caso. Lo que procedería es considerar que este párrafo tercero añade, a los elementos que ese mismo artículo 249 ha establecido con carácter general en su párrafo anterior –el segundo–, esos otros elementos, para los casos en que no es posible conocer aquéllos. Este, en efecto, es el criterio que parece debería guiar la actuación de la persona de apoyo representativo en el sistema actual [104]. Con él se evidenciaría además que su función, aunque presente cierta semejanza con la que hemos visto tenía asignada el tutor en el sistema anterior, no se desarrolla en los mismos términos, pues mientras en el sistema anterior el criterio rector de la misma era

---

101 Así nos parece que lo entiende también, aunque con cierta mezcla, Marín Calero, 2022, p. 40.

102 Participan de esa confusión Amunátegui, 2019, pp. 39-40; Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 542 y 548; Ferrer Vanrell, 2022, p. 611.

103 En este sentido, Leciñena, 2021, pp. 660-662, y Marín Calero, 2022, p. 89.

104 Se trataría, pues, de leer el párrafo tercero del artículo 249 CC de modo que diga que en casos excepcionales las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas; que en estos casos se atenderá a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, cuando sea posible determinarlas, y que si esto no es posible se tendrá en cuenta la trayectoria vital, creencias y valores de esa persona, así como los factores que en su caso hubiera ella tomado en consideración. A este respecto, *vid.* las consideraciones que hace Legerén, 2019, pp. 190-194.

atender al interés superior del tutelado –interés que se valoraba en términos objetivos, sin que el interés particular o subjetivo de esta persona (esto es, su inclinación, deseos y preferencias) tuviera atribuido un papel preponderante[105]–, en el sistema actual ese criterio habría sido reemplazado por el apuntado[106].

Por nuestra parte, sin embargo, no estamos conformes con ese entendimiento de las cosas. No lo estamos, porque al examinar la regulación concreta aplicable al caso nos encontramos con que ése no es realmente el criterio que hoy sigue nuestro Ordenamiento. Así se evidencia si se atiende a los supuestos en que para actuar en representación de la persona con discapacidad se requiere obtener autorización judicial en expediente tramitado al efecto, y se analiza qué es lo que en ese expediente debe la persona de apoyo aducir en su solicitud y qué es lo que debe el Juez ponderar en su resolución[107]. Tratamos a continuación de explicar nuestra idea.

Algunos autores, siguiendo la idea patrocinada por la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y apoyándose en el tenor literal del párrafo tercero del artículo 249 CC, estiman que la médula de ese expediente se cifra en aducir y ponderar si el acto para el que se solicita autorización responde o no a la voluntad (en sentido coloquial: inclinación[108]), deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o, cuando no sea posible averiguar eso, si responde o no a la trayectoria vital, creencias, valores y demás factores que esa persona hubiera tomado en consideración en el supuesto de no necesitar representación. Y que el Juez concederá autorización si aprecia

---

105 Aunque esto fue matizándose con el tiempo, pues si bien inicialmente el interés objetivo del tutelado era el criterio rector casi único, luego se modificó el tenor del artículo 268 CC –por obra de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional– disponiendo que «*los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos…*».

106 *Vid.* la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (núm. 21), que dice que «*Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". (…) El principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás*». Así lo sostienen en nuestra doctrina, tajante y convencidamente, García Rubio, 2017, pp. 11 y 17-18; García Rubio Torres Costas, 2022, pp. 218-219; García Rubio, *Los desafíos*…, 2023, p. 29.

107 Esos casos, como veremos en su momento (*infra* IV.2.2), no son todos pero sí la gran mayoría, y de cualquier modo eso no afecta en nada a lo que aquí estamos considerando: que se requiera tal autorización depende sólo de la importancia mayor o menor que la ley considera tienen los actos para la persona con discapacidad.

108 Hablamos de voluntad en sentido coloquial, porque en sentido jurídico no puede ser en este caso, por hipótesis: la persona carece de discernimiento para tomar decisiones y actuar por sí misma, ni siquiera con apoyo asistencial.

correspondencia en ese sentido y de lo contrario la denegará, pero en todo caso con independencia de si el acto en cuestión resulta necesario o conveniente, o no, para la persona con discapacidad[109]. Se propugna, pues, una configuración de ese expediente en clave netamente subjetiva.

A nuestro juicio, sin embargo, no es así como hay que entender tal expediente. No lo es, porque el criterio que la ley señala al Juez en orden a resolver si conceder o no la autorización solicitada es de carácter más objetivo que subjetivo. Véase que la Ley de Jurisdicción Voluntaria –que es la que regula el expediente referido– establece en su artículo 65 que el Juez resolverá «*teniendo en cuenta la justificación ofrecida [del acto o negocio de que se trate] y valorando su conveniencia a los intereses… [de la] persona con discapacidad*»[110], y que esa justificación es la que resulte de la solicitud de autorización presentada por la persona de apoyo, en la que –dice el artículo 63.1 de esta Ley– «*deberá expresarse el motivo del acto o negocio de que se trate,… se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo, se identificará… el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga*», acompañándose a la misma «*los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate, y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada*»[111]. Lo cual pone de manifiesto que la autorización del Juez no se hace depender propia o principalmente de que el acto en cuestión responda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o a su trayectoria vital, creencias, valores y demás factores que ésta hubiera tomado en consideración en su caso. La Ley de Jurisdicción Voluntaria, de hecho, no menciona siquiera esos elementos al regularlo, como hubiera sido lógico si fueran la médula del mismo. La clave principal de ese expediente está en que el acto para el que se solicita autorización

---

[109] Así, entre otros, García Rubio Varela Castro, 2022, p. 668; Munar Bernat, 2022, p. 437; y Leciñena, 2021, pp. 660-661.

[110] También comprobará el Juez en este expediente, naturalmente, que el acto cuya autorización o aprobación se solicita no contraviene las prohibiciones del artículo 251 CC, pero ésta es cuestión que se mueve en un plano distinto.

[111] Este artículo 63.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en su núm. 2, hace referencia también al documento en que se hayan sentado las bases de la transacción pretendida, pero no lo mencionamos en el texto sino aquí en nota porque en verdad no es sino un exponente particular de lo dicho en términos generales en el núm. 1 de ese mismo precepto. Por ser cuestión de detalle, traemos también aquí a nota el núm. 3 de este precepto, en el que se apunta que si la solicitud fuera para la realización de un acto de disposición y se pidiera además la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada, «*deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar*».

sea conveniente o no para los intereses de la persona con discapacidad. Afirmación que se ve reforzada al considerar que el artículo 264.1 CC dispone que esa autorización la concederá el Juez «*en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso*», lo que no tendría sentido si el criterio determinante para ello fueran la voluntad, deseos, preferencias… de la persona con discapacidad. A lo que se puede añadir además que, en caso de que la voluntad (en sentido coloquial: inclinaciones), los deseos o las preferencias de la persona con discapacidad sean contrarios a la decisión o al acto cuya realización pretenda la persona de apoyo, aunque eso ponga fin al expediente de jurisdicción voluntaria en que se esté tramitando la autorización judicial, con ello no se cierra sin embargo definitivamente la cuestión, ya que la ley permite continuar con ella acudiendo a un procedimiento contradictorio en el que Juez puede resolver conforme a lo pretendido por la persona de apoyo, aun en contra de la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad[112].

Se trata, pues, de un expediente que pone en su centro un criterio de valoración de carácter fundamentalmente objetivo[113]. Lo cual puede quizá a primera vista parecer inconciliable con la idea que sobrevuela nuestro sistema actual –que en este tema el apoyo ha de proceder guiado por la voluntad, deseos y preferencias, o por la trayectoria vital, creencias y valores de la persona con discapacidad–, pero en verdad, si se valora la cuestión debidamente, se ve que tal choque frontal no existe.

No existe, de entrada, porque no puede olvidarse que el caso que aquí estamos viendo no es el considerado por nuestro sistema como «regular», sino excepcional: opera sólo cuando las personas tienen una discapacidad tan severa que no les permite, ni siquiera

---

[112] *Vid.* STS 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4002), STS 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023/356); SAP Asturias (Secc. 6.ª) 25 de junio de 2024 (JUR 2024/302078); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.ª) 11 de julio de 2024 (JUR 2024/465618). Igual, aunque antes de la Ley 8/2021 –pero apenas unos días antes–, la STS 6 de mayo de 2021 (RJ 2021/2381). Y *vid.* también los artículos 42.bis.b).5 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aunque no se refieren propiamente a la autorización de un acto sino al establecimiento de medidas de apoyo, le dan el mismo tratamiento.

[113] Antes de la Ley 8/2021 se manifestaba también en este sentido García Alguacil, 2016, p. 100. Y lo reconocía asimismo, aunque para criticarlo, Pereña, RDC, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 77-78. Ése es, además, el criterio a seguir hoy en el Derecho aragonés, tras su modificación por la Ley 3/2024, pues los artículos 36.4 y 37.2 de su Código establecen que «*La persona que preste el apoyo deberá actuar en beneficio de la persona apoyada y hacer todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría una persona razonable, actuando, como mínimo, con la misma diligencia que emplea en sus propios asuntos*» y que «*Cuando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad no puedan conocerse, su cumplimiento resulte imposible o extraordinariamente difícil o puedan suponer un peligro significativo para su bienestar o el de las personas a su cargo o graves perjuicios a terceros, se actuará en función de lo que objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses de la persona afectada*».

con asistencia, captar el significado de las cosas y tener una voluntad racional y libre al respecto. Y, siendo así, no resultaría entonces descabellado ni inadmisible que en este caso el legislador se hubiera apartado de la idea referida –hablamos aquí en términos hipotéticos– y hubiera diseñado el criterio rector atendiendo de modo principal al interés objetivo de la persona con discapacidad[114] (por nuestra parte, sin duda, creemos que esto es lo que resulta más adecuado, en razón de la situación excepcional en que se encuentra la persona concernida[115]).

Y no existe tal choque frontal, además, porque aunque la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o su trayectoria vital, creencias y valores, no estén en el centro de este expediente, ello no significa que se obvien absolutamente: nótese que los artículos 264 CC y 52.3 LJV establecen que en ese expediente el Juez «*oirá a la persona con discapacidad*» y que «*antes de tomar una decisión… entrevistará por sí mismo a la persona*

---

[114] *Vid.* además, en este mismo sentido, lo dispuesto en 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, cuyo artículo 9 (Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación) establece lo siguiente: «**6.–** *En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. (…)* **7.–** *La 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. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento*».

[115] Así lo considera también De Verda, 2002, pp. 99-101, 107 y 114, nota 83. Antes de la aprobación de la Ley 8/2021, De Salas Murillo, RCDI 2020, pp. 2233-2235; y Legerén, 2019, pp. 192-194.

Sin perjuicio de la crítica que hemos hecho en las páginas anteriores a un entendimiento *ad pedem litterae* del párrafo tercero del artículo 249 CC, podemos aquí apuntar además que la mención que en el mismo se hace a «*los factores que [la persona con discapacidad] hubiera tomado en consideración*» podría también «leerse» de tal modo que no sólo vaya referida a la vida pasada de esa persona sino que pueda proyectarse también al futuro, dando cabida a su voluntad, deseos o preferencias hipotéticas. Lo cual deja abierto un campo de opciones mayor, ya que es plausible considerar que las inclinaciones, deseos y preferencias que esa persona tenía cuando no estaba aquejada de discapacidad, no sean los que tendría ahora que sí lo está. Y así, entendidos de este modo los «factores que ella hubiera tomado en consideración», no parece entonces descabellado que la persona de apoyo representativo pueda hoy proceder también con arreglo al «mejor interés» de la persona con discapacidad, aunque éste no se corresponda con lo que esa persona hacía cuando no tenía tal discapacidad.

con discapacidad y… a cuantas personas considere necesario oír», lo que significa que aunque el Juez no ha de atender única o principalmente a esos datos, debe tenerlos presentes, y en consecuencia que no debe dar su autorización si tras entrevistarse con la persona con discapacidad y oír a las demás personas que en el caso comparezcan aprecia choque falto de justificación entre el acto pretendido por la persona de apoyo y la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o con su trayectoria vital, creencias y valores, pues ello pondrá de manifiesto que ese acto no es el que mejor conviene al interés de esa persona. Y es que, aunque el criterio fijado por el legislador como guía de este expediente tiene principalmente un contenido objetivo, integra también los elementos subjetivos de la voluntad (en el sentido coloquial del término: inclinación), los deseos y las preferencias de esa persona, y de su trayectoria vital, creencias y valores. Pero una cosa es eso, y otra resolver la solicitud presentada única o principalmente en base a esos elementos subjetivos[116]. Esto no es así. Es más, hay que insistir aquí en que aunque en este caso el Juez ha de tener presentes también esos elementos subjetivos, no ha de guiarse sólo o principalmente por ellos: ha de hacerlo guiado sobre todo por el interés objetivo de la persona con discapacidad, lo que supone que puede autorizar un acto aunque no se corresponda con la voluntad (en sentido coloquial: inclinación), deseos o preferencias de esa persona, si estima que el acto es necesario, útil o conveniente para ella; y que puede negarse a autorizarlo, a pesar de que tal sea su

[116] En este punto resulta fundamental el trabajo de Martínez De Aguirre (2021, pp. 118-124), quien relativiza el valor de las afirmaciones radicales de la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad –según las cuales la voluntad (en sentido coloquial: inclinaciones) y preferencias de una persona con discapacidad deben reemplazar en todo caso al interés objetivo de la misma (21)– poniendo de manifiesto que tal idea no se corresponde con lo preceptuado en la propia Convención de Nueva York sino que lo excede, ya que ésta no habla sólo de voluntad y preferencias sino también de derechos e intereses de las personas con discapacidad, y que ambos elementos deben considerarse de modo complementario. En sentido semejante, aunque antes de la Ley 8/2021, *vid.* Pallarés Neila (AC marzo 2020, pp. 9-15). Aunque su postura no resulta clara, quizá no está lejos de la idea que sostenemos Guilarte Martín-Calero, pues sitúa en el mismo plano el dato objetivo de la conveniencia del acto a los intereses de la persona con discapacidad –que es además el que menciona primero– y el dato subjetivo de su voluntad, deseos y preferencias, o de su trayectoria vital (2021, p. 815). Tal vez también De Salas Murillo, aunque igualmente sin claridad, y en su caso mencionando además primero el dato de la voluntad, deseos y preferencias (*Diario La Ley*, núm. 9841, mayo 2021, p. 7).

Adviértase, en este sentido, que la aplicación en clave estrictamente subjetiva del expediente que estamos viendo podría llevar a resultados difíciles o inasumibles: ¿cómo se procedería en caso de acto objetivamente necesario o conveniente para la persona con discapacidad, que además responde al deseo que ésta ha manifestado al ser entrevistada por el Juez, si días más tarde de ser autorizado por éste, al ir a ser realizado efectivamente por la persona de apoyo, aquélla manifiesta ser otro su deseo? El planteamiento que nosotros proponemos, facilita salvar esto.

voluntad (en sentido coloquial), deseo o preferencia, si estima que es perjudicial para ella[117].

Dicho lo cual, hay que añadir aquí que la toma en consideración de los elementos subjetivos referidos se ha de hacer, no sólo por el Juez sino también por la persona de apoyo –en nuestro caso, el guardador–, lo que supone que debe tenerlos presentes, tanto al decidir si presentar o no al Juez solicitud de autorización del acto de que se trate, como después, al tiempo de llevar a cabo el acto autorizado por el Juez. Esto último es así por cuanto ni siquiera en los supuestos de actuación representativa es posible concebir siempre a la persona de apoyo como mero ejecutor –autómata– del acto autorizado por el Juez: en algunos casos, de hecho, es indispensable reconocerle cierto margen de actuación, y entonces debe tener presentes las inclinaciones (voluntad en sentido coloquial), los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad, o su trayectoria vital, creencias y valores[118]. Así se establece en el artículo 264 CC cuando dice que «*la autorización… deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad*»: nótese que dice ejercitada, no concedida[119]. ¿Supone esto, que atender la persona de apoyo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o a su trayectoria vital, creencias y valores, deviene en caso de apoyo representativo un mero *desideratum*? No es así. Lo que ocurre es que, en caso de desatención injustificada a tales elementos por parte de la persona de apoyo –porque atenderlos es compatible con lo que al interés de la persona con discapacidad resulta necesario, útil o conveniente–, la respuesta jurídica vendrá a través de la responsabilidad que es exigible a la persona de apoyo cuando en el desempeño de su función no se atiene a lo que la ley le impone[120].

El expuesto en las páginas anteriores es nuestro modo de entender el criterio rector de la actuación de la persona de apoyo representativo. Entendimiento que no infringe lo dispuesto en los artículos 249 y 250 CC, porque los otros preceptos que también hemos

---

[117] *Vid.* STS 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023/356).

[118] Así, *v. gr.*, a la hora de efectuar la venta de un inmueble autorizada por el Juez, la persona con discapacidad puede tener preferencia por vender a una persona u otra, porque tenga o haya tenido más amistad o relación con una que con otra, o porque, aunque las conozca de nuevas en el momento de la operación, una le resulta más agradable o simpática que otra. O, a la hora de contratar un seguro de vida, renta vitalicia u otros análogos, puede tener preferencia por una entidad u otra, en función de experiencias pasadas con ella, trato mejor o peor que le hayan dispensado, etc.

[119] Refieren también la voluntad, deseos y preferencias, al ejercicio de la autorización, Palacios González, 2021, p. 423; De Salas Murillo, 2021, p. 979; y Nieto Alonso, 2022, p. 306, pero no estamos seguros de si con plena consciencia en este sentido.

[120] Se trata –esto sí– de una responsabilidad que habrá en su caso que reclamar *a posteriori*, por las personas legitimadas para ello.

considerado aquí, tanto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria como del propio Código civil, son igualmente de rango legal y obra de la misma Ley 8/2021 que establece aquéllos[121], y que además no es inconciliable con la idea –tan repetida, a veces de manera mecánica– que se dice inspira nuestro sistema actual, de proceder con arreglo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o con arreglo a su trayectoria vital, creencias y valores, pues sucede simplemente que en este tema, en caso excepcional como se considera que es éste, hay que proceder de modo matizado.

Llegados a este punto, pasamos a analizar en detalle el régimen jurídico aplicable hoy a la guarda de hecho, considerando para ello separadamente los casos en que desempeña función asistencial y los casos en que actúa con función representativa.

III. LA GUARDA DE HECHO CON FUNCIÓN ASISTENCIAL

1. POSIBILIDAD QUE TIENEN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE REALIZAR POR SÍ MISMAS ACTOS Y CONTRATOS, CUANDO EL APOYO ES DE CARÁCTER ASISTENCIAL

Empezamos este punto planteando, a modo de introducción, la siguiente pregunta: ¿pueden estas personas actuar por sí mismas en el tráfico jurídico? Pues bien, la respuesta a la misma no puede plantear duda en nuestro Derecho actual: dado que aquí estamos hablando de personas que no obstante su discapacidad cuentan con discernimiento suficiente para entender el alcance de las cosas y voluntad racional y libre para quererlas o no –lo que tradicionalmente se ha denominado «capacidad natural de entender y querer»–, hay que afirmar de modo rotundo que estas personas pueden efectivamente actuar por sí mismas en la vida jurídica y que pueden por tanto realizar por sí mismas actos y negocios jurídicos.

Así es hoy, en efecto, en nuestro Ordenamiento, que no establece exclusión o limitación a este respecto en relación con tales personas. Véase que el artículo 1263 CC, antes de su reforma por la Ley 8/2021 establecía que «*No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores*

[121] Viene bien aquí recordar el conocido brocardo «*non ex regula Ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*»: el Derecho no se debe extraer de la regla que los hombres elaboran para facilitar su proceder en el día a día, normalmente simplificando las cosas y considerando el supuesto general, sino que la regla debe construirse en base al Derecho existente, pero en base a todo él, a todas las normas que lo integran.

no emancipados [ni] *2.º Los incapacitados*» –y la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias asimilaban a estos efectos a quienes habían sido declarados como tales por sentencia y a quienes no lo habían sido pero estaban afectados por enfermedad o deficiencia que los inhabilitaba para el gobierno de sí mismos–, mientras que en su redacción actual establece solamente que «*Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales*». Ha desaparecido de este precepto, pues, toda referencia a incapacitados o incapaces, es decir a las actualmente denominadas personas con discapacidad, lo que determina que éstas, al menos como regla, no pueden ser excluidas en orden a actuar por sí mismas en el tráfico jurídico[122].

Idea que se refuerza si consideramos además que el Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020[123] pretendió modificar ese precepto dándole una redacción menos restrictiva que la entonces existente pero no tan posibilitadora como la actual –«*Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas*», era el tenor proyectado del mismo–, y que tal disposición finalmente no fue aprobada, precisamente por causa de su referencia a limitaciones en este sentido. En nuestro Ordenamiento actual, por tanto, hay que partir de la base de que la discapacidad intelectual no es, *per se*, impedimento para que las personas puedan realizar actos o celebrar negocios por sí mismas. Sólo lo será cuando la discapacidad sea de grado tal que determine en la persona falta de comprensión o de voluntad racional y libre al respecto[124], circunstancia que, como ya se ha dicho, el sistema actual considera excepcional. Siendo importante

---

[122] En este punto conviene reproducir las palabras de Ataz López, quien dice que «si leemos el nuevo texto legal sin prejuicios…, veremos que ya no se puede decir de él que se refiera a la *capacidad contractual* en general. Es, simplemente, una norma habilitadora de la contratación por parte de menores de edad en ciertos casos; con lo que resulta que nuestro Código *ya no tiene ningún precepto que se refiera a la capacidad contractual*, por lo que ésta habrá de regirse por las reglas generales y por el propio significado de la noción de consentimiento» (2022, p. 149). Monje Balmaseda, por su parte, dice a este respecto que «actualmente el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la imposibilidad de que aquélla pueda ser limitada, justifica su ausencia en el artículo 1263 CC. (…) La discapacidad –añade– no se configura como una limitación a la capacidad de contratar; otra conclusión… sería discriminatoria para ella… y determinaría una limitación no acorde con el artículo 12 CDPD» (2022, p. 1122). Para un análisis detenido del artículo 1263 CC a la luz de la Ley 8/2021, *vid.* García Rubio, 2022, pp. 623-630.

[123] Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de julio de 2020, Serie A, núm. 27-1).

[124] Marín Calero, 2022, p. 39.

destacar aquí que lo que hoy se requiere para que las personas con discapacidad puedan actuar por sí mismas es que tengan comprensión suficiente del acto o negocio de que se trate y de sus consecuencias, no que tengan comprensión plena de todo ello: esto es así por cuanto el nuevo sistema reconoce capacidad jurídica a estas personas sin condicionar ese reconocimiento a que superen su discapacidad, sino contando con que la tienen y con que ella conllevará algunas consecuencias[125]. Basta por tanto con que tengan comprensión suficiente en ese sentido, cosa que además no se ha de valorar en abstracto y en términos generales sino en relación con cada persona y con cada acto concreto que pretendan realizar[126]. Y que sea así no puede sorprender, pues esto resulta consustancial a un sistema que pretende –*vid.* el Preámbulo de la Ley 8/2021 y el artículo 249 CC[127]– que las personas con discapacidad sean protagonistas de sus propias vidas y alcancen el desarrollo pleno de su personalidad: si ésa es su finalidad, hay entonces que reconocerles la iniciativa y la decisión en orden a realizar actos atinentes a sus derechos e intereses.

Esto es así incluso si se trata de operaciones que se quieren instrumentar en documento público, pues, si la persona en cuestión tiene efectivamente comprensión suficiente al respecto –juicio que, como es lógico, corresponde al Notario[128]–, éste no puede dejar de

---

[125] Esta atinada observación es de Marín Calero, 2022, pp. 30-31, 90 y 170. A este respecto, ahora bien, afirma este autor que, cuando el apoyo que se preste a una persona con discapacidad sea de gran intensidad pero se pretenda tiene carácter asistencial, para que pueda ser calificado así es imprescindible que, llegado el momento, sea la propia persona con discapacidad la que, teniendo comprensión suficiente del acto o negocio de que se trate, decida realmente su realización y declare libremente su voluntad en ese sentido (pp. 40, 56, 90 y 207). También hay que tener presente aquí la Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado (de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad), que admite que la persona con discapacidad comparezca ante Notario «acompañada de otras de su confianza *que le ayuden a comunicarse con el notario*» (p. 3; la cursiva es nuestra), lo que parece permitir que sea una de estas otras personas la que en mayor medida hable, comunique o explique al Notario lo que la persona con discapacidad quiere. Eso, ahora bien, será así –entendemos advierte Marín Calero– siempre que el Notario constate de algún modo que ésa es efectivamente la voluntad real y libre de la persona con discapacidad.

[126] Legerén, 2019, p. 181. Para esa valoración, naturalmente, se atenderá a la mayor o menor complejidad del acto.

[127] El Preámbulo, partiendo de que «*el propósito de la Convención [de Nueva York] es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respecto de su dignidad inherente*», afirma –I– que se impone un cambio de sistema, sustituyendo al anterior por uno nuevo en que la persona con discapacidad «*será la encargada de tomar sus propias decisiones*». Y el artículo 249 CC, en consonancia con ese Preámbulo, establece que la finalidad de las medidas de apoyo en el nuevo régimen es «*permitir [a las personas con discapacidad] el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad*».

[128] El deber del Notario de emitir juicio con respecto al otorgante sigue existiendo y siendo trascendente [arts. 17.bis.2.a) de la Ley del Notariado y 167 del Reglamento notarial], aunque su reflejo en el documento deba adaptarse terminológicamente para encajar

autorizar la escritura que aquélla pretenda otorgar: la discapacidad intelectual, por evidente que sea, no constituye *per se* un impedimento para ello.

2. SOBRE SI LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PUEDEN REALIZAR ACTOS Y NEGOCIOS POR SÍ SOLAS, O PRECISAN PARA ELLO LA INTERVENCIÓN DEL GUARDADOR. ALCANCE DE LA ACTUACIÓN DEL GUARDADOR

Hemos dicho que las personas con discapacidad que estamos considerando aquí pueden realizar actos y negocios jurídicos por sí mismas. Pero, ¿pueden además realizarlos por sí solas, o requieren para ello la intervención, de algún modo, de la persona de apoyo –en nuestro caso, del guardador de hecho–?

Esta es la cuestión más importante que se plantea en este caso, y que hemos de tratar ahora. Porque en un momento anterior del trabajo hemos visto cuál es la sustancia del apoyo de carácter asistencial[129] pero no hemos visto qué papel corresponde a la persona de apoyo al tiempo de la realización efectiva de actos o negocios por parte de la persona con discapacidad. Es preciso aquí, por tanto, considerar el asunto desde esta otra perspectiva: ¿es necesaria, en el preciso momento de emitir su voluntad la persona con discapacidad y realizar un acto o negocio concreto, la intervención de la persona de apoyo, o puede aquélla realizarlo por sí sola? La pregunta se justifica por cuanto, si tan revolucionario y posibilitador es para las personas con discapacidad, como se dice, el nuevo régimen, se hace necesario ver en qué se traduce desde esta perspectiva.

Pues bien, la respuesta a esa pregunta ha de ser que la intervención de la persona de apoyo no es necesaria en ese sentido. Y la razón es que aquí estamos hablando de apoyo de carácter asistencial, esto es de apoyo a persona que, no obstante su discapacidad, tiene discernimiento suficiente para comprender el significado del acto o negocio que va a realizar y voluntad racional y libre para quererlo o no, lo que determina que, al preciso efecto de realizar ese acto o negocio, la intervención de la persona de apoyo no resulte necesaria, sea cual sea el concepto en que se plantee. Por lo siguiente.

No procede su intervención como otorgante o agente principal, por supuesto, porque ese papel corresponde únicamente a la persona

---

en el nuevo sistema. En este sentido, sugiere Lora-Tamayo referir el juicio del Notario, no a «la capacidad del otorgante» sino a su «aptitud para ejercer su capacidad jurídica» (*El Notario del siglo xxi*, mayo-junio 2021, núm. 97, p. 41), aunque no es la única fórmula posible. *Vid.* también Leciñena, 2021, pp. 657-658.

[129] *Supra*, II.2.1.

con discapacidad –si el acto o negocio es unilateral–, o a la persona con discapacidad y a la contraparte –si es bilateral–. Esto es claro, y no requiere más consideración.

No procede tampoco su intervención con virtualidad de complemento de capacidad de la persona con discapacidad, porque esto es inconciliable con el sistema actual, que procede sobre la base de que todas las personas tienen igual capacidad jurídica, que ésta no puede ser limitada, y que esa capacidad supone no sólo aptitud para ser titular de derechos sino también para realizar actos con relevancia jurídica. Lo cual excluye que la voluntad de estas personas, para poder ser ejercitada, precise ser complementada por otra persona.

Y no procede tampoco su intervención en calidad de apoyo a la persona con discapacidad porque, aunque se denomine de modo distinto, en verdad ello supondría mantener en lo esencial el sistema de curatela anterior, en el que para la realización de actos y contratos por parte del curatelado se requería que el curador interviniera prestando asentimiento a los mismos –hablamos de curatela, porque éste es el supuesto más comparable aquí–, poniéndose con ello en sus manos una suerte de veto en relación con las posibilidades de actuación de aquél, veto que aplicaría –no interviniendo o no prestando su asentimiento– cuando estimara que el acto que el curatelado pretendía realizar no era adecuado o conveniente[130]. Esto, ahora bien, no puede admitirse hoy, por ser inconciliable con el nuevo sistema[131]. Si se admitiera, nos encontraríamos ante un caso en que se haría cierto el conocido adagio que reza: «*que todo cambie, para que todo siga igual*».

Hay que concluir, pues –parezca ello lo que nos parezca–, que, referida propiamente a la realización de actos o negocios por parte de personas con discapacidad, la intervención de la persona de apoyo asistencial –en nuestro caso, del guardador de hecho– no es necesaria en nuestro Derecho actual[132]. Lo cual, por lo demás, es

---

[130] Así lo pone de relieve De Salas Murillo, *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, núm. 5, 2018, pp. 84 y 103-106; también en RCDI 2020, pp. 2249-2250 y 2257.

[131] Así también García Rubio Varela Castro, 2022, pp. 649-650, 654, 659 y 664; y Tena Arregui, 2022, pp. 44-45. El planteamiento que hemos criticado nos parece sin embargo que encuentra reflejo en Leciñena (2022, pp. 276-278) y Álvarez Lata (2021, p. 994). Pero no es así, sino como hemos dicho: repárese, en este sentido, que la Ley 8/2021 afirma en su Preámbulo –número IV– que «*particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas… al Derecho de contratos, [cuestión] en la que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva*».

[132] El expuesto es un planteamiento de operatividad general, es decir, procedente no sólo cuando quien desempeña la función de apoyo asistencial es un guardador de hecho sino también cuando es un curador o persona de apoyo voluntario. Es verdad que en caso de guardador eso resulta más fácil de admitir, habida cuenta de que se trata de un apoyo que no

perfectamente conciliable con lo dispuesto en el artículo 249 CC cuando dice que la finalidad de las medidas de apoyo es posibilitar a las personas con discapacidad el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, pues que sea así no tiene porqué traducirse en supeditar, la realización de actos o contratos por parte de las personas con discapacidad, a la intervención en los mismos de la persona de apoyo[133].

Conclusión, ésa, que se podría incluso reforzar si se admite que las personas con discapacidad pueden rechazar los apoyos puestos a su disposición, por ser éstos un derecho que tienen, no una limitación ni algo que se les pueda imponer[134]. Pues si, aunque con ello cometan una equivocación, pueden rechazarlos –«derecho a equivocarse», igual que las personas sin discapacidad–, ello evidencia que la realización de actos y negocios por su parte no precisa de la intervención de la persona de apoyo[135]. Esta, sin embargo, no es cuestión pacífica en la doctrina, por lo que nosotros aquí simplemente la apuntamos a mayor abundamiento.

---

se ha establecido formalmente y cuya existencia, por tanto, puede no ser conocida por la otra parte ni por el Notario. Pero, con independencia del mayor o menor reparo que pueda suscitar, el planteamiento expuesto es referible igualmente a todas las medidas de apoyo asistencial, por ser el que resulta conforme al sistema instaurado por la Ley 8/2021. Así parece además que lo asume, en relación con la guarda de hecho, la Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado (de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad), cuando dice –p. 5– que «la guarda de hecho… no… representa un condicionante para la actuación de la persona con discapacidad». En relación con el curador, sin embargo, esta Circular parece sostener lo contrario –p. 5– (también De Verda, 2022, p. 98), lo que a nuestro entender no es posible: el criterio ha de ser el mismo en ambos casos. En el sentido que hemos defendido en el texto se manifiestan también Pérez Gallardo (2021, pp. 477-480), López Barba (2021, pp. 605-608); Pallarés Neila (2022, pp. 264-266) y Monje Balmaseda (2022, pp. 1121-1123). De forma contradictoria, sin embargo, se pronuncia Guilarte Martín-Calero (2021), pues en p. 549 parece no requerir la participación en el acto de la persona de apoyo, pero en p. 551 sostiene lo contrario.

[133] Y, si en la realización efectiva del concreto acto o negocio no es necesaria la intervención de la persona de apoyo asistencial, menos procedente aún es plantear la necesidad de autorización judicial en ese sentido, ni siquiera si se trata de actos de gran trascendencia personal, familiar o patrimonial –*i.e.*, los actos contemplados en el artículo 287 del Código civil–: la razón es, de nuevo, que aquí hablamos de personas que no obstante su discapacidad tienen discernimiento suficiente para entender el acto en cuestión y voluntad racional y libre para quererlo, es decir de personas que realizan esos actos por sí mismas, no a través de persona de apoyo representativo, que es el supuesto para el que ese precepto exige autorización judicial.

[134] Así García Rubio, 2022, p. 627; y Leciñena, 2022, pp. 260 y 278. Sobre el derecho a rechazar los apoyos, *vid.* García Rubio Varela Castro, 2022, p. 653; Pereña, 2022, pp. 163-164; y Legerén, 2019, pp. 195-199. De Salas Murillo, sin embargo, al menos en línea de principio niega a la persona con discapacidad la posibilidad de rechazar los apoyos (RCDI 2020, pp. 2235-2238, 2243-2246 y 2253-2254).

[135] Así también García Rubio Varela Castro, 2022, pp. 652-653. Otra cosa es que luego el régimen dispuesto en el nuevo sistema a efectos de impugnación de los actos realizados sin apoyo no sea coherente con esto: sobre ello, *vid. infra* III.3 –2 y 3–.

Lo dicho, ahora bien, no significa que la persona de apoyo asistencial –en nuestro caso, el guardador de hecho– no juegue un papel extraordinariamente importante en relación con los actos o negocios que la persona con discapacidad lleve a cabo. Todo lo contrario: lo juega, porque, aunque esta persona tenga comprensión suficiente del significado de un determinado acto o negocio, eso no significa que el proceso de formación de su voluntad se desarrolle en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, ya que para que sea así precisa que el déficit que tiene en ese sentido por causa de su discapacidad se neutralice o compense, lo que a su vez depende de que durante tal proceso cuente con el apoyo adecuado[136].

El apoyo juega en este caso, por tanto, un papel muy importante. Pero, si es así, ¿cómo conciliar esto con lo antes dicho, de que para realizar la persona con discapacidad un acto o negocio no es necesario que la persona de apoyo intervenga en él? La respuesta pasa por caer en la cuenta de que en el sistema actual el apoyo de carácter asistencial opera propiamente durante el proceso de formación de voluntad de la persona con discapacidad[137], no al tiempo de culminar ese proceso y emitir esta persona su voluntad.

Hay aquí, pues, que distinguir. Una cosa es que en caso de apoyo asistencial sean las personas con discapacidad las que realicen, por sí mismas y por sí solas, los actos y contratos que hayan decidido hacer, y que la intervención de la persona de apoyo, referida precisamente a la realización (perfección) de esos actos o contratos, no sea necesaria. Y otra cosa es que en el proceso previo de formación de su voluntad –lo que implica no sólo conocer el significado del acto que pretenden realizar, sino también valorar el alcance personal, familiar, social y económico del mismo en su concreto caso– la persona de apoyo sí pueda y deba ser sujeto activo, y con un papel muy relevante[138]. Lo es, efectivamente, hasta tal punto que aunque su falta no impide a la persona con discapacidad

[136] Siempre que la discapacidad afecte al concreto acto o negocio: recuérdese que, aunque el apoyo sea asistencial, la discapacidad es una circunstancia que no ha de afectar necesariamente a todas las actuaciones de la persona concernida. En relación con los actos o negocios de esa persona no afectados por su discapacidad, por tanto, su tratamiento jurídico será el mismo que se aplica a cualquier persona.

[137] Legerén, 2019, p. 201; Guilarte Martín-Calero, 2021, p. 517; Sánchez Gómez, RDC 2020, pp. 406-407. En contra, para el sistema anterior a la Ley 8/2021, *vid.* De Salas Murillo, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil* 2018, núm. 5, pp. 84 y 86.

[138] En otras palabras: su intervención es relevante en relación con la operación personal o económica que con ese acto o negocio se pretende realizar, considerada esa operación en su conjunto, pero no en relación con la efectiva celebración del acto o contrato a través del cual aquélla se pretende articular. Así también, aunque en relación con el testamento, Gómez Valenzuela, RDC 2023, pp. 112-114.

realizar actos y negocios, sí abre la puerta a su eventual impugnación posterior[139].

Es así porque, aunque en la ponderación de intereses tradicionalmente concernidos en este tema –«proteger a las personas con discapacidad de las consecuencias de sus propios actos»[140] y proteger la seguridad jurídica, de un lado; y permitirles desarrollar su personalidad y ejercitar su voluntad con autonomía, del otro[141]– el sistema instaurado por la Ley 8/2021, invirtiendo los términos en que procedía el sistema anterior, ha optado por dar prevalencia inicial al interés señalado en segundo lugar, esto no significa que haya hecho desaparecer el apuntado en primer lugar. Lo que ha hecho es dejar su eventual entrada en juego para un momento posterior, permitiendo en determinadas circunstancias la impugnación de los actos o negocios realizados por esas personas sin apoyo.

En el sistema anterior, en efecto, las actuaciones de las personas con discapacidad inadecuadas para sí mismas, o los abusos de tales personas por parte de otras, se combatían principalmente tratándose de impedir su acaecimiento[142]. En el sistema actual, en

---

[139] No estamos nosotros de acuerdo, pues, con Álvarez Lata cuando, hablando de la «capacidad para contratar», afirma –aunque en verdad estas palabras nos parece que no reflejan del todo bien su idea– que, «a la luz del actual artículo 1302 CC, cabe mantener que la propia persona con discapacidad la conserva también para realizar actos o negocios para los que se hayan establecido medidas de apoyo (…), frente al contratante de buena fe (*rectius*: aquel que no esté en las circunstancias del artículo 1302.3 CC). Y ello –dice– porque según el artículo 1302 CC no es impugnable… el contrato realizado por la persona con discapacidad en el que se ha prescindido del apoyo si el co-contratante es de buena fe» (2021, p. 994). A nuestro entender, sin embargo, ese planteamiento no es correcto: la «capacidad para contratar» a que la autora hace referencia, se tiene o no se tiene –y en nuestro Ordenamiento actual, como regla, se tiene–, y no varía en función de las circunstancias de la persona con quien contrate. Otra cosa es que las circunstancias concurrentes –falta de apoyo– puedan determinar la eventual impugnación posterior del contrato celebrado.

[140] Así se habría dicho al amparo del régimen anterior, aunque hoy esta expresión parece habrá de descartarse, por ofensiva. Por eso la entrecomillamos en el texto.

[141] Castro-Girona, 2016, pp. 37 y 41; Martínez De Aguirre, 2016, pp. 19 y 22-23. Se habla de proteger la seguridad jurídica en razón de que la eventual posterior impugnación del acto realizado por persona con discapacidad naturalmente afecta de modo negativo (perjudica) a quienes hayan realizado con ella tal acto o contrato.

[142] A lo que se sumaba además que, en caso de que efectivamente se realizaran, se facilitaba de un modo extraordinario su impugnación. Era así porque para ello no se requería más que probar el acto realizado y la restricción de la capacidad de obrar en ese sentido de la persona que lo había hecho, para lo cual bastaba con acompañar la correspondiente sentencia previa en la que se había establecido qué actos no podían esas personas realizar, o no podían realizar por sí solas. Sólo cuando se trataba de personas incapaces pero no incapacitadas –*i.e.*, personas cuyas facultades mentales no les permitían su autogobierno pero cuya situación no se había decretado oficialmente, y cuya capacidad de obrar, por tanto, no se había modificado formalmente en el correspondiente procedimiento judicial– era preciso, para impugnarlo, probar que la persona en cuestión carecía de capacidad de obrar suficiente en el concreto momento en que había realizado ese acto (con la dificultad que es inherente a ello), pues, dado que en este caso se partía de la presunción de que tales personas tenían plena capacidad de obrar, de ahí se derivaba que el acto o contrato que hubieran celebrado se reputaba en principio válido.

cambio, se procede considerando que las personas con discapacidad pueden en principio realizar por sí mismas y por sí solas cualquier acto jurídicamente relevante, sin perjuicio de que eventualmente se pueda luego proceder a su impugnación si lo han realizado sin contar con el apoyo preciso. Se pasa, por tanto, de un sistema enfocado a actuar fundamentalmente *a priori*, a otro que opera *a posteriori*, a modo de reacción. Lo cual, además de por consideraciones de principio se viene a justificar también considerando que, aunque en relación con personas con discapacidad pueden darse actuaciones inadecuadas, irregulares o de abuso, éstas no son tantas ni tan graves como para que haga necesario que el Ordenamiento las combata negando de raíz a tales personas la posibilidad de actuar por sí solas: «el Derecho –se ha dicho– no puede construirse desde la patología sino desde la situación de normalidad, remitiendo las actuaciones patológicas al campo de la actuación judicial»[143].

Este modo de proceder es indudable que lleva aparejadas ciertas consecuencias –ciertos riesgos– para las personas con discapacidad, pero esto es inherente al nuevo sistema, por lo que no puede por esa razón negarse o desvirtuarse algo que resulta consustancial al mismo. En otras palabras: no cabe aducir la idea de «salvaguardia» para pretender que la actuación de las personas con discapacidad se supedita a la intervención de la persona de apoyo[144].

Sentado lo cual, nos encontramos entonces con que la realización de actos y negocios por parte de personas con discapacidad es tema que hay que analizar de forma conjunta con el de su eventual impugnación[145], considerándolos como cara y cruz de una misma moneda. Nos ocupamos de ello a continuación.

---

[143] Leña, 2000, pp. 153-154.

[144] Así lo apuntaba ya el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley (año 2018), *vid.* p. 33, núm. 95. En sentido semejante se pronuncia Marín Calero, 2021, pp. 128-129.

[145] Así Egusquiza, 2022, pp. 1151, y Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 542 y 548. También Núñez Zorrilla, ya en 2014, aunque con referencia a la figura de la «Asistencia» propia del Derecho catalán regulada por su Ley 25/2010 (2014, pp. 113 y 115). Leciñena, por su parte, aunque su idea de fondo nos parece que coincide con la nuestra, en su expresión creemos que se muestra algo confusa a este respecto, ya que mezcla los dos planos apuntados (2021, pp. 656-657).

3. SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE ACTOS Y NEGOCIOS REALIZADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD SIN EL APOYO ASISTENCIAL QUE PRECISAN

3.1 **Consideraciones generales**

A pesar de que la impugnación de actos y contratos realizados por las personas con discapacidad que estamos viendo constituye cuestión extraordinariamente importante[146], la Ley 8/2021 apenas hace referencia a ella en su Preámbulo, limitándose a decir en su apartado IV que «*particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas… al Derecho de contratos, [cuestión] en la que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva*». Es en su articulado –o, dicho en otras palabras, en la nueva redacción que por obra suya se da a las normas correspondientes del Código civil– donde se encuentra el régimen específico de invalidez –de impugnación– de tales actos y contratos, para analizar el cual hemos de atender especialmente a los artículos 1261, 1300 a 1304, 1307, 1308 y 1314 CC. Veamos qué es de ello.

Tenemos de entrada, tal como hemos avanzado antes, que cuando una persona con discapacidad realiza un acto o contrato sin haber contado con el apoyo asistencial oportuno, nuestro Ordenamiento abre la puerta a su impugnación, al menos en principio. Así se deriva de la consideración conjunta de los artículos 1261, 1300 y 1301.4.º CC. Pues el artículo 1261 señala como uno de los requisitos esenciales de los contratos el consentimiento de las partes, esto es el concurso de las voluntades de una y otra; el artículo 1300 dispone que los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley; y el artículo 1301.4.º, relativo al plazo de ejercicio de la correspondiente acción de impugnación, se refiere expresamente al caso de «*contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas*», evidentemente porque considera que la falta de apoyo constituye un defecto que incide en la adecuada formación de la voluntad de tales personas[147].

---

[146] Como «uno de los más grandes retos» de la Ley de reforma del sistema anteriormente vigente, la califica De Salas Murillo, RCDI 2020, p. 2252.

[147] También Marín Calero (2022, pp. 284-285) y Guilarte Martín-Calero (2021, p. 547) consideran reconducible a esos preceptos la cuestión que estamos analizando aquí. Egusquiza, aunque coincide en considerar que el régimen instaurado hoy en nuestro Derecho hace depender la impugnación de tales contratos de que las medidas de

La impugnabilidad de los actos y contratos realizados resulta en tal caso, pues, clara y de alcance general.

Es verdad que, si el sustento principal de la misma se sitúa en el artículo 1302.3 CC, esa impugnabilidad parece de alcance menos general. Porque este precepto dispone que podrán ser anulados «*los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas…*», lo que cabe entender deja fuera al guardador de hecho, ya que, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, «proveer» significa «suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin», y esto se puede pensar que sólo cuadra de modo perfecto si se refiere a medidas de apoyo establecidas por la propia persona con discapacidad ante Notario o dispuestas por un Juez (medidas de apoyo voluntarias o judiciales)[148]. Y porque, aunque el término «*provistas*» se entienda de modo laxo y en consecuencia se considere que en el supuesto de hecho de este precepto se puede subsumir también al guardador, en todo caso se trata de una norma que, considerada literalmente, parece aplicable sólo a supuestos en los que efectivamente exista persona de apoyo, lo que plantea la duda de qué ocurre con los actos o negocios realizados por personas con discapacidad en relación con las cuales *de facto* no exista tal apoyo[149].

Lo que ocurre es que el fundamento jurídico-positivo de esa impugnabilidad no se debe situar en ese artículo, que es un precepto que atañe al régimen concreto de la acción de impugnación y que por tanto hay que situar en un plano inferior en este sentido, sino en la combinación de los tres preceptos antes apuntados: los

apoyo establecidas se hayan aplicado o no, no lo sustenta exactamente en esos mismos preceptos (2002, p. 1152). Otro tanto ocurre con López Barba, 2021, pp. 599-600.

[148] Restringen la impugnabilidad al caso de personas con discapacidad que tengan medidas judiciales de apoyo, De Verda, 2022, pp. 90, nota 23, y 98; Ruiz-Rico, 2022, pp. 304-305; Palacios González, 2021, p. 424; López Barba, 2021, pp. 606-607; Carrasco Perera, 2021, pp. 6-8; Id.: 2022, pp. 242, 246 y 261 (este último siempre que además la contraparte proceda de mala fe); y Amunátegui, 2019, pp. 57-58 (aunque refiriéndola al artículo 1301.4.º del Anteproyecto de Ley 8/2021). También Marín Calero parece compartir la idea de que el artículo 1302.3 del Código civil requiere que se trate de medidas formales (judiciales) de apoyo, sin perjuicio de criticar la imprecisión terminológica de la ley a este respecto –ya que habla de medidas de apoyo «precisas», «previstas», «provistas», «previstas cuando sean precisas», «establecidas cuando sean precisas», aunque él las considera equivalentes, y referidas todas al curador o defensor judicial– (2022, pp. 130 y 284-287; con respecto a este autor, ahora bien, hemos de decir que no nos movemos con seguridad en cuanto a su planteamiento, ya que toma como base la noción de «apoyos obligatorios», denominación que no aparece en la ley y que parece referirse a apoyos impuestos forzosamente a las personas con discapacidad, incluso contra su voluntad, cosa que no resulta conciliable con el nuevo sistema: por esta razón, no nos resulta del todo claro a qué casos se refiere).

[149] Alberruche considera que en este caso los actos serán válidos, a pesar de la falta de discernimiento de la persona en cuestión (2022, p. 504).

artículos 1261, 1300 y 1301.4.º CC. Pues con base en ellos, y considerados de forma conjunta, sí resulta clara y de alcance general la posibilidad de impugnar los actos y contratos realizados por personas con discapacidad sin contar con el apoyo asistencial que precisan, apoyo que puede ser el de un guardador, y sin importar si el acto se ha realizado sin apoyo porque aunque lo tenían no han contado con él, o porque no lo tenían. Así resulta tanto por razones literales como de principio. Literales, porque el artículo 1301.4.º CC emplea el término «*previstas*», no «*provistas*», y en aquél tienen cabida todas las medidas de apoyo contempladas en la ley, así las formales que requieren establecimiento ante Notario o por parte de un Juez como las no formales que proceden por vía de hecho, cual es el caso del guardador. Y de principio, porque, ya sea que no se haya utilizado el apoyo porque no se ha querido o porque no se tenía, entre ambos casos existe identidad de razón, lo que justifica que el tratamiento jurídico aplicable a ambos debe ser sustancialmente semejante[150].

Dicho lo cual queda entonces, como idea firme, que los actos y contratos realizados por personas con discapacidad sin contar con el apoyo asistencial preciso son, al menos de entrada, susceptibles de impugnación.

3.2 **La concreta acción de impugnación y su régimen**

Pasamos aquí a considerar de modo más concreto la acción de impugnación operativa en nuestro Derecho hoy. ¿De qué acción se trata? De rescisión, no, como se evidencia a la vista del tenor literal de los preceptos que la regulan –los artículos 1300 y siguientes CC–, de la sede en la que esos preceptos se sitúan –no en el Capítulo V del Título II del Libro IV del Código, que lleva por rúbrica «*De la rescisión de los contratos*», sino en el Capítulo VI del mismo, cuya rúbrica es «*De la nulidad de los contratos*»–, y de la función que el actual Ordenamiento confiere a esa acción, que no es la de impugnar actos regularmente celebrados pero que producen un resultado económico inicuo y contrario a Derecho sino la de invalidar actos o contratos que adolecen de un defecto de origen: su realización por persona con discapacidad sin haber contado con la

[150] Además, dice Ataz López, «tanto encaja en la literalidad de la norma considerar que las medidas de apoyo son *precisas* si se da el supuesto de hecho necesario para su adopción, como considerar que son precisas sólo las medidas de apoyo ya establecidas» (2022, p. 150). En sentido semejante, López Cánovas, 2022, pp. 158-160; y Leciñena, 2022, p. 282.

asistencia oportuna[151]. Pero, entonces, ¿acción de nulidad o de anulabilidad[152]?

Bajo el imperio del régimen anterior a la Ley 8/2021 se planteó cuestión semejante en relación con la acción de impugnación de actos y contratos realizados por persona sometida a curatela sin contar con el complemento de capacidad del curador, y, aunque durante un tiempo se discutió al respecto con tono de importante problematicidad, finalmente vino a prevalecer la idea de que se trataba de acción de anulabilidad, principalmente por razones pragmáticas cifradas en ser ése el régimen que mejor convenía a los intereses de la persona discapaz –porque así la persona capaz no se veía legitimada para impugnar, como sin embargo podía hacerlo si se trataba de nulidad, y porque además así la posibilidad de impugnación se sometía a plazo, lo que no ocurría si se tratara de nulidad–[153], pero también por consideraciones de principio –nulidad y anulabilidad son regímenes de ineficacia que se distinguen entre sí fundamentalmente por razones de finalidad: la nulidad atiende más a proteger intereses públicos e indisponibles, la anulabilidad a proteger intereses privados y por tanto disponibles[154], siendo así que el caso encajaba claramente mejor en el segundo de ellos–.

¿Y en el régimen actual? Pues, a pesar de que la letra de sus normas siga siendo incierta –los artículos 1301 y 1302 CC mantienen el término «nulidad»[155], pero esto, como es sabido, no resulta determinante en el tema[156]–, y a pesar de que no quepa establecer sin más paralelismo entre el sistema anterior y el actual –ya que la realidad subyacente en uno y otro, como también sabemos, es distinta–, creemos que la acción de anulabilidad continúa siendo la que se acomoda mejor al régimen de impugnación dispuesto hoy en el Código civil en relación con nuestro caso, tanto por la razón de principio como por las de conveniencia antes apuntadas[157].

---

[151] Egusquiza, 2022, pp. 1159.

[152] Para una reseña de otras propuestas que se plantearon en su momento a este respecto, *vid.* Messía De La Cerda, 2018, pp. 502-503.

[153] *Vid.*, por todos, Leña, 2000, pp. 187-193. En sentido contrario, Zurita, 2004, pp. 223-229.

[154] Sobre esto, fundamental, Gordillo Cañas, 1986, pp. 249-274.

[155] Egusquiza, sin embargo, afirma –sorprendentemente– que el nuevo artículo 1302.1.º CC ha aclarado expresamente «que la referencia al tipo de invalidez que prevé la norma constituye un supuesto de anulabilidad y no de nulidad, disponiendo que *pueden ejercitar la acción de anulabilidad de los contratos*…» (2022, p. 1163). No es ése, sin embargo, el tenor del precepto resultante de la Ley 8/2021, que literalmente habla de nulidad: «*Pueden ejercitar la acción de nulidad…*».

[156] El Código civil habla siempre de «nulidad», sin distinguir terminológicamente entre nulidad y anulabilidad, pero luego dispone dos regímenes distintos, aplicando uno u otro en función del caso. Esta es la razón por la que la doctrina, para evitar la confusión, propone hablar de nulidad y anulabilidad.

[157] Así también García Rubio Varela Castro, 2022, pp. 657 y 659. En el Derecho foral aragonés, tras su reforma por la Ley 3/2024, la idea de anulabilidad es clara: *vid.* los

Sentado lo cual, pasamos a exponer el régimen de esa acción.

En cuanto a la legitimación para ejercitarla, el artículo 1302.3 CC la confiere a los siguientes sujetos[158]: a la propia persona con

artículos 45 –1 y 2–, 45-1, 45-2, 45-3, 45-4 y 45-5 de su Código (aunque en el artículo 45.3 se establece que «*No obstante, el acto será nulo si vulnera leyes que exigen una capacidad específica, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto*», previsión cuya justificación no entendemos). El Derecho civil catalán, aunque con referencia a la asistencia, también se inclina por la anulabilidad: *vid.* el artículo 226-5 de su Código civil, obra del Decreto ley 19/2021 (actualmente en trámites de reforma).

Álvarez Lata (2021, pp. 1006, 1012, 1013, 1020 y 1021) y Tena Arregui (2022, p. 41), en cambio, consideran que, si la persona con discapacidad realiza un acto sin apoyo porque éste *de facto* no existe, esa irregularidad hay que llevarla al terreno de la nulidad radical del acto o contrato, por falta absoluta de consentimiento. Este planteamiento, ahora bien, nos parece a nosotros que lo refieren estos dos autores a los casos en que la persona con discapacidad no tiene discernimiento ninguno, los cuales, aunque posibles, no son el único supuesto, ni el más común. Y entonces, aunque ese planteamiento fuera correcto en esos casos extremos, ¿qué hacer con los supuestos más frecuentes, de personas aquejadas de algún tipo de discapacidad intelectual o psíquica que eso no obstante no pueden considerarse absolutamente enajenadas de la realidad? La anulabilidad, como hemos dicho, es la acción que mejor cuadra con nuestro Ordenamiento actual. Egusquiza, por su parte, aunque no se pronuncia con respecto a esta cuestión de forma decidida (2022, pp. 1152-1154 y 1165-1166), apunta una posible tercera vía, de solución pragmática a la misma: que esos actos se puedan atacar por las reglas generales de los vicios del consentimiento –error, violencia, intimidación y dolo–, pero planteando «si el tratamiento será semejante en cuanto a la prueba y valoración de los requisitos para que se adviertan esos vicios tratándose de una persona con discapacidad, y no supondrá que se atemperen las exigencias probatorias o valorativas… En la práctica –afirma–, la idea de que la situación fáctica de la discapacidad… entraña una situación de vulnerabilidad y por ende una mayor facilidad para que el consentimiento quede afectado por algún vicio de la voluntad, puede ser la solución» (p. 1154). Pero esto, aunque en algunos casos pueda ser operativo, no es en verdad una solución, porque no hace sino rehuir la cuestión planteada.

158 El tenor del actual artículo 1302.3 CC es resultado de la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, en la que se consideraron varias opciones a este respecto:

En el Anteproyecto de 2019, la norma decía así: «*Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción*».

En el Proyecto de 17 de julio de 2020, se disponía lo siguiente: «*Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. / Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal*» (art. 1302).

Y en el Informe de la Ponencia sobre el Proyecto (18 de marzo de 2021) se propuso, como fórmula transaccional, la siguiente redacción: «*Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por dichas personas.*

Cuando haya existido mala fe por parte del otro contratante, los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de ellas cuando fueran precisas podrán ser anulados, además de por las personas enumeradas en el párrafo anterior, por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. También podrán ser anulados por sus herederos

discapacidad[159]; a sus herederos, por el tiempo que falte hasta completar el plazo de ejercicio de esta acción, en caso de que aquélla muera antes del transcurso del mismo; y también a la persona a la que hubiera correspondido prestar apoyo a la persona con discapacidad, aunque en este caso sólo cuando el otro contratante, al tiempo de celebrar el contrato, hubiera tenido conocimiento de la existencia de tal medida de apoyo –que sin embargo no se había utilizado–, o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad de su contraparte obteniendo una ventaja injusta[160].

De donde se deriva que el guardador de hecho ha de considerarse legitimado para ejercitar esta acción de impugnación, pues aunque en la doctrina se ha suscitado cierta discusión al respecto –por ser el guardador medida de apoyo fáctico y alcance no concretado[161]–, en verdad no puede haber duda ninguna en este sentido, en razón de lo dispuesto en este artículo 1302.3 y de lo antes dicho al tratar de los artículos 1261, 1300 y 1301.4.º CC. Otra cosa es la dificultad que en la práctica pueda tener el guardador para impugnar con éxito, pues para ello habrá de probar, no sólo que la persona en cuestión, al realizarlo, tenía discapacidad y que ésta afectaba precisamente a ese acto o contrato –no basta con probar la existencia de una discapacidad genérica: recuérdese que nuestro Ordenamiento presume que toda persona mayor de edad está en situación de ejercitar por sí misma su capacidad jurídica, y que la discapacidad no es

---

durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiera fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.

Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal». La redacción del Proyecto de 25 de marzo de 2021 quedó coincidente con esa fórmula transaccional.

Sobre esos cambios de redacción del precepto durante la tramitación de la Ley, *vid.* De Salas Murillo, RCDI 2020, pp. 2249-2254; Egusquiza, 2022, p. 1161; y García Rubio Varela Castro, 2022, pp. 654-656.

[159] A este respecto, ahora bien, hay que plantearse si debe la persona con discapacidad contar necesariamente «*con el apoyo que precise*» para poder impugnar el acto o contrato previamente hecho por ella –tal como dice el artículo 1302.3 CC–, o si puede impugnarlo sin él. A nuestro juicio, en tanto la persona con discapacidad tenga discernimiento suficiente para entender y querer la impugnación de que se trate, la concurrencia del apoyo en cuestión no es necesaria, por las razones dichas *supra sub* III.3 –1 y 2–.

[160] Sobre la legitimación de las personas de apoyo y su evolución durante la tramitación de la Ley 8/2021, *vid.* Egusquiza, 2022, pp. 1162-1163; y Álvarez Lata, 2021, pp. 1013-1014.

[161] En sentido contrario a la legitimación del guardador de hecho, Ataz López (2021, p. 153), y en principio también Carrasco Perera y Álvarez Lata, aunque luego estos dos últimos matizan su postura considerando, uno, que podrá ejercitar la acción de impugnación si esa guarda se ha institucionalizado de algún modo (2021, p. 11), y otra, que podrá impugnar si la existencia de la guarda se ha exteriorizado, ya sea a través de autorizaciones judiciales, ya sea porque el guardador ha actuado como apoyo en ocasiones anteriores (2021, pp. 1006, 1007 y 1017). Egusquiza, por su parte, se muestra dubitativa a este respecto: 2022, pp. 1156-1157 y 1169-1170.

un estado general sino que ha de ser referida a actos concretos–, sino además que quien pretende impugnar es efectivamente guardador de hecho de esa persona. Lo cual puede ciertamente, como decíamos, hacer difícil la impugnación en este supuesto [162], pero ésta es una cuestión probatoria que no empece a lo dicho, que en el plano de los principios es claro.

La parte no-discapaz del acto o contrato, en cambio, no está legitimada para impugnar *ex* artículo 1302.4 CC. Tampoco el Ministerio Fiscal –pues, habiéndose valorado su posible legitimación en este sentido durante los trabajos parlamentarios, quedó sin embargo excluido en la redacción de este precepto que finalmente se aprobó en la Ley 8/2021 [163]–. Y el Juez, por su parte, no puede tampoco apreciar de oficio la invalidez de lo realizado sin apoyo por persona con discapacidad.

En cuanto al plazo de ejercicio de esta acción –plazo de caducidad [164]–, dispone el artículo 1301.4.º CC que es de cuatro años desde la celebración del contrato. Su duración, por tanto, es la misma que tradicionalmente ha estado establecida en tema de anulabilidad, aunque en nuestro caso ahora cambia su *dies a quo*: en el sistema anterior el plazo corría «*desde que* [las personas incapacitadas que hubieran realizado el contrato en cuestión] *salieren de la tutela*» o curatela [165]; en el sistema hoy dispuesto, en cambio, el plazo no se cuenta desde que la persona en cuestión deje de precisar apoyo sino desde la celebración del contrato [166]. Pasado ese plazo, el acto o contrato realizado deviene inimpugnable, y por

---

[162] Así lo apunta también Egusquiza, 2022, pp. 1156-1157 y 1170.

[163] En tema de discapacidad, el Ministerio Fiscal puede y debe intervenir en los procesos encaminados a la adopción de medidas judiciales de apoyo a tales personas y en aquellos en que esté comprometido el interés de las mismas (*vid.* arts. 748, 749, 756 y 757 LEC; arts. 4 y 42.bis.a) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria; y arts. 56.1 y 57.3 de la Ley del Notariado, todos ellos en su redacción tras la Ley 8/2021). Pero una cosa es eso, y otra que esté legitimado directamente para impugnar los actos realizados por las personas con discapacidad. Esto último no es así.

[164] *Vid.* la STS 23 de diciembre de 2021 (RJ 2022/566). Apunta aquí Egusquiza que «el legislador ha aprovechado… la reforma para cerrar la cuestión discutida sobre la naturaleza del plazo de ejercicio de la acción, considerada en ocasiones de prescripción… y calificada en otras de caducidad» (2022, p. 1159).

[165] *Vid.* los artículos 293 y 1301 CC en su redacción anterior.

[166] La regulación de este punto varió sensiblemente durante la tramitación de la ley. Pues en el Proyecto de 17 de julio de 2020 se daba al artículo 1301.4.º del Código civil la siguiente redacción: «*La facultad de anular el contrato caducará a los cuatro años, y este tiempo empezará a computarse: (…) Cuando la facultad se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad, desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato*», añadiendo a continuación que «*en todo caso, no podrá ejercitarse pasados cinco años desde la celebración del contrato*». Pero luego, en el Informe de la Ponencia sobre el Proyecto (18 de marzo de 2021), se propuso cambio en el mismo, con la siguiente fórmula transaccional: «*Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas, cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato*», desapareciendo además la referencia antes hecha a los cinco años. Y el Proyecto de 25 de marzo de 2021 mantuvo esta última

tanto firme y definitivo. Firmeza que puede alcanzar también antes del transcurso del plazo, si la persona con discapacidad confirma lo hecho –contando, al confirmar, con la asistencia de la oportuna medida de apoyo, o haciéndolo una vez ha desaparecido la discapacidad–[167]. No cabe sin embargo enervar la impugnabilidad del acto en cuestión con algún tipo de intervención de la persona de apoyo en momento posterior al de realización de aquél, pues, si la función del apoyo es asistir a la persona con discapacidad en el proceso de formación de su voluntad, una vez concluido tal proceso y realizado el acto ya no es posible cambiar eso.

Por cuanto hace a las consecuencias dimanantes en caso de que efectivamente se impugne con éxito, son las siguientes.

De los artículos 1303 y 1304 CC se deriva, como regla, que la persona sin discapacidad, por su parte, ha de restituir la cosa objeto del contrato con sus frutos o el precio con sus intereses. Y que la persona con discapacidad, por la suya, sólo ha de restituir la prestación recibida en cuanto se haya enriquecido con ella cuando el otro contratante «*fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta*»[168], lo que leído *a contrario* significa que cuando el contratante no-discapaz no fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo o no se hubiera aprovechado de la situación, la persona con discapacidad debe restituir lo mismo que la persona capaz, esto es el precio con sus intereses o la cosa con sus frutos, en su integridad[169] –se introduce aquí, por tanto, un cambio sensible con respecto al régimen existente en el sistema anterior, en el

redacción, que fue luego la definitivamente aprobada. A este respecto, *vid.* las consideraciones de López Cánovas, 2022, pp. 161-162; y García Rubio, 2022, pp. 638-642.

[167] Esa confirmación puede hacerse de forma expresa o tácita: artículo 1311 CC.

[168] En línea semejante al artículo 1304 se muestra el artículo 1163, en relación con el pago hecho a persona con discapacidad. Lo cual supone que puede tener que devolver menos de lo recibido. Así ocurrirá, sirviéndonos del ejemplo que antes de la reforma de la ley 8/2021 se acostumbraba a utilizar a este respecto, si lo recibido por la persona con discapacidad ha sido una cantidad de dinero y esta persona ha realizado con él inversiones fallidas o gastos no útiles: en tal caso, se concluye, puesto que no le ha supuesto enriquecimiento, la cantidad dedicada a eso no viene obligado a devolverla. En relación con la «utilidad» del gasto, ahora bien, *vid.* las interesantes precisiones de Lauroba, 2021, pp. 986-988.

[169] Álvarez Lata, CCJC septiembre-diciembre 2023, núm. 123, pp. 228-229. Otro entendimiento del artículo 1304 que se ha hipotizado es considerar que lo dispuesto en él –restitución, por parte de la persona con discapacidad, sólo de aquello en que se haya enriquecido con la prestación recibida– opera únicamente cuando quien impugna el acto es la persona de apoyo –pues la legitimación de ésta para impugnar, recuérdese, sólo se da cuando el contratante capaz, al tiempo de celebrar el contrato, era conocedor de la existencia de medida de apoyo (que sin embargo no se estaba utilizando) o se ha aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad de su contraparte, obteniendo una ventaja injusta–. Pero esta interpretación no casa con el tenor literal de la norma ni cuenta con base en una voluntad del legislador en ese sentido, por lo que no debe admitirse.

que la persona incapaz, fuera cual fuera el caso, restituía sólo aquello en lo que se hubiera enriquecido[170]–.

La que acabamos de exponer es la regla en este punto, y tan esencial es que, mientras la parte con discapacidad (o sus herederos) no devuelva a la otra lo que le debe, no puede compeler a ésta a que le devuelva lo que a su vez le incumbe (artículo 1308 CC).

Sin perjuicio de la cual, el Código civil establece además una serie de disposiciones particulares. En su artículo 1307 establece que, en caso de que la cosa se haya perdido, lo que debe restituirse es el valor de la misma cuando se perdió, más los frutos percibidos y los intereses desde entonces. Y en su artículo 1314, que cuando esa pérdida se haya producido por dolo o culpa de la persona legitimada para impugnar un acto o contrato, la acción se extingue (párrafo primero), salvo que se trate de persona con discapacidad, hipótesis en la que conserva esa acción[171] siempre que el otro contratante hubiera tenido conocimiento de la existencia de medida de apoyo en el momento de contratar o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta (párrafo tercero) –lo que supone que la persona con discapacidad no conserva esa acción si el otro contratante no tuvo tal conocimiento o no se aprovechó de esa situación–[172].

---

[170] El tenor de este artículo 1304 fue variando significativamente a lo largo de la tramitación de la Ley. Pues en el Proyecto de 17 de julio de 2020 se le daba la siguiente redacción: «*Cuando la nulidad proceda… de la discapacidad de uno de los contratantes, este contratante no está obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida*», lo que suponía que tal previsión era aplicable siempre, fuera quien fuera el impugnante. Y en el Informe de la Ponencia sobre el Proyecto (18 de marzo de 2021) se propuso darle la siguiente redacción: «*Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución haya actuado de mala fe*». El Proyecto de 25 de marzo de 2021 mantuvo esta última redacción. Ninguna de esas redacciones, sin embargo, fue la finalmente aprobada.

[171] Así lo establece el precepto, aunque no es fácil, en caso de discapacidad, imaginar un proceder doloso o culposo en ese sentido por parte de la persona en cuestión.

[172] Igualmente hay que entender, aunque no se diga así hoy explícitamente en el precepto, que la excepción dicha no opera cuando la pérdida la haya causado la persona en cuestión, dolosa o culposamente, después de haber cesado su discapacidad, en cuyo caso la consecuencia será la que se establece en el artículo 1314, párrafo primero, CC: la acción de impugnación se extingue. En apoyo de este entendimiento de las cosas, *vid.* el artículo 1314 CC en su redacción anterior: «*También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla. / Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad*».

El artículo 1314 es un precepto para cuya debida inteligencia se requiere considerar, además de lo dispuesto en él en su redacción anterior, también las propuestas habidas al respecto durante la tramitación de la Ley 8/2021.

En el Proyecto de 17 de julio de 2020, la redacción que se daba a este precepto era del siguiente tenor: «*Si la causa de la acción fuera… la discapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber cesado la causa de la impugnación*».

3.3 **Valoración crítica del régimen de impugnación dispuesto hoy en nuestro Derecho para este caso**

Ha quedado, con lo anterior, expuesto el régimen de invalidez –de impugnación– establecido por la Ley 8/2021 en relación con los actos o contratos realizados por persona con discapacidad sin contar con el apoyo asistencial oportuno. Que es el que procede aplicar hoy, si nos movemos en el plano *de lege lata*: en eso hay poco margen de maniobra. Otra cosa es si la cuestión se lleva al plano valorativo, en el que ese régimen no resulta a nuestro juicio satisfactorio[173].

Una primera crítica que cabe hacer al mismo atañe a la legitimación para impugnar que el artículo 1302.3 CC concede a las personas de apoyo –en nuestro caso, al guardador de hecho–. Y es que, cuando se trata de apoyo de carácter asistencial –que es el caso que aquí estamos considerando–, concederles tal legitimación creemos que carece absolutamente de justificación, ya que supone admitir que la persona de apoyo puede proceder al margen de la persona discapaz –esto es, sustituirla a ese efecto–, cosa que hoy no es de recibo[174]. Esta crítica, pues, no se sustenta meramente en que esa legitimación la concede el artículo 1302.3 CC a la persona de apoyo sin ponerla en conexión con la voluntad, deseos y preferencias de la

---

En el Informe de la Ponencia sobre el Proyecto (18 de marzo de 2021) se recogió la siguiente fórmula transaccional: «*También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla. (…) Si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas y hubiera existido mala fe por parte del otro contratante, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca*».

En el Proyecto de 25 de marzo de 2021 se daba al precepto la siguiente redacción: «*También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla. / (…) / Si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas y hubiera existido mala fe por parte del otro contratante, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca*».

Y finalmente, la redacción dada a este precepto por la Ley 8/2021, que ha quedado así (en lo que aquí interesa): «*También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de estos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella. / (…) / Si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta*».

Sobre este precepto y su interpretación, *vid.* Egusquiza, 2022, pp. 177-179.

[173] Así lo consideran también, entre otros, Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 543-544; Carrasco Perera, 2021, pp. 1-16; y Alberruche, 2022, p. 503. También Álvarez Lata, que habla de «incongruencias» derivadas de normas concretas que se separan de la premisa sobre la que procede el actual sistema (2021, p. 991).

[174] Así lo apuntaba atinadamente, en relación con el Anteproyecto de Ley, Amunátegui, 2019, p. 58.

persona con discapacidad, pues esta objeción se podría salvar recurriendo a lo establecido en ese sentido en el artículo 249 CC, situado entre las disposiciones generales en este tema[175]. La esencia de esta crítica radica en que, tratándose de apoyo asistencial, quien debe tener legitimación para impugnar es sólo la persona con discapacidad (o, llegado el caso, sus herederos), porque es persona que, sin perjuicio de su discapacidad, tiene discernimiento para entender el significado de las cosas y voluntad racional y libre para quererlas o no. La decisión de impugnar debería quedar, pues, sólo en sus manos[176]. Por ello la norma, tal como está formulada, no es respetuosa con las personas con discapacidad que sólo precisan apoyo asistencial –hipótesis que, recuérdese, para la ley constituye hoy la regla–, ni resulta conforme con el nuevo sistema[177].

Otra crítica tiene que ver con los efectos que se derivan para la persona con discapacidad en caso de impugnación, que no entendemos sean distintos en función de que la parte sin discapacidad, al tiempo de realizar con aquélla el acto o contrato de que se trate, fuera o no conocedora de la existencia de medida de apoyo no utilizada –recuérdese cuáles son esos efectos: si conocía su existencia, la parte con discapacidad debe devolver sólo aquello en que se haya enriquecido con la prestación recibida; si no la conocía, debe devolver íntegramente la prestación recibida– (arts. 1303 y 1304 CC). A nuestro juicio, los efectos deberían ser iguales en ambos supuestos. La razón es que, en un sistema que considera que las personas con discapacidad tienen igual capacidad jurídica que las personas sin discapacidad y que tienen derecho a tomar sus propias decisiones –que por consecuencia han de considerarse buenas para ellas, aunque vistas desde fuera y con una perspectiva económica puedan considerarse «erróneas»–, no resulta procedente repercutir en la parte no-discapaz las consecuencias de la «mala utilización» –inversiones fallidas, gastos no útiles– que la persona con discapacidad haya hecho de la prestación recibida[178]. La existencia de tal

[175] Álvarez Lata, sin embargo, considera que el artículo 1302.3 CC permite a la persona de apoyo impugnar lo hecho por la persona con discapacidad incluso en contra de la voluntad de ésta (2021, p. 1019).

[176] No es óbice para lo dicho que durante el proceso de formación de la idea de impugnar la persona con discapacidad requiera apoyo, tal como dice el artículo 1302.3, apartado primero, CC, pues una cosa es eso, y otra que la decisión de impugnar sea sólo suya.

[177] Así también Amunátegui, 2019, p. 58. Y no es posible salvar lo dispuesto en esa norma circunscribiendo la legitimación de las personas de apoyo a los casos excepcionales en que operen con carácter representativo, porque en el tenor del precepto no hay base para ello.

[178] Hemos entrecomillado las expresiones «mala utilización» y «decisiones erróneas», porque, aunque responden a una idea tradicional entre nosotros, no resultan aceptables en el nuevo sistema: recuérdese, una vez más, que estamos hablando aquí de personas que tienen capacidad natural de entender y querer.

conocimiento por parte de la persona capaz no debería ser hoy un dato determinante en este sentido –pero adviértase que hablamos de haber tenido conocimiento, no de haberse aprovechado de la otra parte y haber obtenido ventaja injusta–, y los efectos de la impugnación deberían en consecuencia ser los mismos en ambos supuestos: que la parte con discapacidad, al igual que la parte sin discapacidad, restituya en todo caso en su integridad la prestación recibida, más de sus frutos o intereses (sin perjuicio de que la persona con discapacidad pueda además, si se dan las debidas circunstancias, impugnar las operaciones que con la prestación recibida haya realizado con terceros a fin de resarcirse o deshacer las consecuencias económicamente inconvenientes de esos actos, pero ésta es cosa independiente de aquélla). La dispuesta en el artículo 1304 CC es norma que en el nuevo sistema carece de justificación, y que no se explica más que por arrastre de la norma tuitiva de los incapaces contenida en la regulación del Código previa a la Ley 8/2021[179].

Las críticas anteriores, ahora bien, sin perjuicio de su importancia hay que reconocer que no afectan a la médula del régimen de impugnación dispuesto hoy en este tema sino que atañen a cuestiones concretas, y por tanto susceptibles de ser corregidas con cambios puntuales en las normas.

La principal crítica que a nuestro juicio procede hacer al sistema hoy vigente atañe al modo en que se configura la posibilidad de impugnar, por parte de la propia persona con discapacidad (o sus herederos), los actos o contratos realizados previamente por ella sin apoyo. Y es que, como resulta claramente del artículo 1302.3 CC, nuestro Ordenamiento le permite impugnar esos actos y contratos en todo caso, siempre, sin supeditar tal impugnación a ningún condicionamiento o requisito añadido, lo que significa que puede hacerlo simplemente en base a su discapacidad. A nuestro entender esto no es aceptable, ni en el plano teórico, ni en el práctico.

En el plano teórico, porque no es coherente con los principios en que el nuevo sistema se sustenta. No lo es, porque si hoy las personas con discapacidad tienen reconocida igual capacidad jurídica que las personas sin discapacidad, y derecho al libre desarrollo de su personalidad mediante la toma de sus propias decisiones, en coherencia con ello esas personas deberían también, al menos como regla, asumir las consecuencias de sus actos, lo que es tanto como decir que no deberían poder anularlos posteriormente

[179] Norma paralela al artículo 1304 CC se encuentra en el artículo 1163 del mismo: sobre este precepto y su nuevo tenor, *vid.* Lauroba, 2021, pp. 980-988; y Varela Castro, 2022, pp. 613-621.

ad nutum, meramente en razón de su discapacidad[180]. La situación nueva en que la Ley 8/2021 coloca a las personas con discapacidad debería, en efecto, ir acompañada de su correspondiente contrapartida[181]. Y así, puesto que estas personas, teniendo entendimiento y voluntad suficientes para ello, tomaron la decisión de realizar un acto o contrato sin apoyo, deberían luego también, al menos como regla, asumir sus consecuencias[182]. Planteamiento, éste, cuya atendibilidad se refuerza cuando se advierte que la regulación de la impugnación por parte de la persona con discapacidad o sus herederos, tal

---

[180] Comparten esta idea Messía De La Cerda, 2018, pp. 505-506; Amunátegui, 2019, pp. 59-60; Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 547 y 549; Gómez Gállligo, 2021, pp. 502-503; Ataz López, 2022, p. 150; Leciñena, 2022, p. 281; Carrasco Perera, 2022, pp. 240-241, 247-248. En sentido semejante se pronunció Moro Almaraz en el debate de la ponencia en el Congreso de los Diputados: «La mera discapacidad o la actuación de las personas con discapacidad sin los apoyos no puede ser determinante por sí sola de anulabilidad del contrato o negocio, porque… las medidas de apoyo son un derecho de la persona, no una obligación» (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 316, sesión 18, celebrada el 16 de marzo de 2021, p. 9). La idea que hemos apuntado en el texto encuentra apoyo además en el artículo 299 CC, que atribuye a las personas con discapacidad responsabilidad efectiva por los daños que causen a terceros.

[181] Abundando en ello, aunque en otro plano, repárese en que hoy parece ha de considerarse incluso ofensivo decir a una persona con discapacidad que puede impugnar libremente lo que previamente ha hecho ella misma, simplemente porque lo hizo teniendo discapacidad.

[182] A una conclusión sustancialmente semejante llegan García Rubio Varela Castro, 2022, pp. 649-650; y Tena Arregui, 2022, p. 45. Álvarez Lata, por su parte, aunque coincide con lo dicho, considera que separarse de tal consecuencia lógica ha sido un acierto de un legislador pragmático (2021, p. 1008). Egusquiza, aunque no se pronuncia al respecto con rotundidad, destaca la perplejidad que suscita el régimen dispuesto por la ley en este punto, incoherente con los principios en que se sustenta el actual sistema (2022, pp. 1157-1158).

En relación con lo dicho en el texto, ahora bien, es preciso aquí plantear la siguiente cuestión: ¿es anulable el acto o contrato realizado por persona con discapacidad sin haber contado con la asistencia de la persona de apoyo, cuando fue la propia persona discapaz la que lo rechazó? Esta cuestión fue planteada hace ya un tiempo por De Salas Murillo (RCDI 2020, p. 2254), y a ella responde un sector importante de la doctrina diciendo que no: García Rubio, 2022, p. 643; Ataz López, 2022, p. 152; García Rubio Varela Castro, 2022, pp. 652-653 y 664. Por nuestra parte, aun entendiendo el planteamiento de ese sector, pensamos lo contrario. No porque nuestro Ordenamiento contemple un procedimiento judicial contencioso para el establecimiento de medidas de apoyo cuando se frustre el procedimiento de jurisdicción voluntaria en ese sentido por haber oposición de la persona en cuestión –lo que se dice evidencia que se pueden imponer apoyos a la misma aun en contra de su voluntad: ejemplo de ello que se suele citar, es la STS de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4002)–, ya que este argumento se podría salvar considerando que una cosa es que judicialmente se pueda constituir el apoyo aunque la persona con discapacidad no quiera, y otra que ésta pueda rechazar el apoyo a la hora de realizar un acto concreto (es decir, que ese procedimiento se llevaría a cabo para poner a disposición de ésta el apoyo oportuno, pero no implicaría que, contra su voluntad, se le pueda imponer contar con él llegado el momento de realizar un acto). La razón de nuestra postura es que el pilar de tal planteamiento –que la persona en cuestión rechazó el apoyo– no es suficientemente sólido a este efecto, porque esa persona, teniendo discapacidad, procedió a tomar esa decisión sin contar con la asistencia necesaria para decidir en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, de tal modo que es la propia falta de asistencia al decidir el rechazo lo que mina la decisión tomada. Por tanto, también en este caso creemos que puede impugnarse el acto realizado, siempre que se den los demás requisitos necesarios (así también Egusquiza, 2022, pp. 1157-1158; y Leciñena, RDC 2022-1, pp. 278 ss.).

como está establecida hoy en el Código civil no presenta apenas diferencia con la regulación que antes de su reforma por la Ley 8/2021 disponía para los casos de curatela. En el sistema anterior, en efecto, los actos y contratos realizados por personas incapacitadas sometidas a curatela podían ser anulados por el mero hecho de haber sido realizados sin contar con el complemento de capacidad del curador –necesario en razón de la falta de capacidad suficiente de aquéllas–, y en el nuevo sistema los actos y contratos realizados por personas con discapacidad pueden también ser impugnados simplemente por el hecho de haber sido realizados sin contar con apoyo –necesario en razón de su discapacidad, cabe colegir–. Prácticamente, pues, el mismo régimen –no es diferencia relevante, desde la perspectiva que ahora estamos considerando, que esa impugnación la plantee hoy la propia persona con discapacidad–, lo que evidencia que la regulación actual no es adecuada, pues, si en el sistema anterior ese régimen era coherente, no puede serlo también en el actual, que procede sobre unas premisas sustancialmente diferentes. Posiblemente lo que ha ocurrido aquí es, de nuevo, que el tratamiento tuitivo que nuestro Ordenamiento dispensó tradicionalmente a los incapacitados sigue estando presente en el legislador aunque sea de un modo inconsciente, habiendo ello determinado que la Ley 8/2021 no haya sido en este punto coherente con los principios de que parte[183]. Pero esto, aunque pueda entenderse no puede justificarse, ni debe ser óbice para reconocer que lo que hemos propugnado antes es lo consecuente con el nuevo sistema, y por tanto lo que debía haberse establecido[184].

En todo caso, esta crítica principal al modo en que nuestro sistema configura hoy la impugnación por parte de las personas con discapacidad (o sus herederos) no atañe sólo al plano teórico, sino también al terreno práctico. Es así porque esa omnímoda posibilidad de impugnar que la ley les concede tiene un efecto negativo muy importante para ellas mismas en la medida en que, aunque no *de iure*, *de facto* sí determina que su «capacidad efectiva» para actuar en la vida real se vea notablemente menguada en relación con la amplitud que podría –y, en la filosofía del nuevo sistema, debería– tener, ya que, ante el temor a que puedan luego impugnar libremente lo que previamente hayan hecho sin apoyo, pocas serán las personas sin discapacidad que estén dispuestas a realizar actos

183 En sentido semejante, Álvarez Lata, 2021, p. 991.

184 No decimos, con esto, que ése sea el sistema que a nosotros nos parezca ideal en tema de discapacidad –ya dejamos apuntado, al inicio del trabajo, que, aunque el propósito que anima al nuevo sistema es digno de elogio, no compartimos en su integridad la forma en que eso se ha concretado–. Lo que decimos es que, siendo nuestro sistema hoy como es, lo coherente sería proceder tal como hemos apuntado en el texto.

o celebrar negocios con aquellas solas[185]. Exigirán para ello siempre la concurrencia de persona de apoyo[186], con la consecuencia de capitidisminuirlas y rebajarles en la práctica las posibilidades de «autorrealización» que la ley inicialmente les promete, siendo éste un resultado que choca abiertamente con el propósito pretendido tanto por la Convención de Nueva York como por nuestro legislador, lo que pone de manifiesto, de nuevo, que la regulación dispuesta en este punto no es acertada.

A la vista de todo lo cual nos parece queda justificada la afirmación antes hecha, de que la impugnación por parte de las personas con discapacidad (o sus herederos), de los actos y contratos realizados previamente por ellas sin apoyo asistencial, no debería admitirse sin más sino supeditándola a algún requisito añadido. ¿Cuál, ahora bien, sería éste?

Un sector de la doctrina lo cifra en que la parte sin discapacidad, al tiempo de celebrar el acto o contrato de que se trate, tenga conocimiento de que la otra parte cuenta con medida de apoyo que sin embargo no ha utilizado. Lo que fundamenta en que ese conocimiento es exponente de mala fe por parte de aquélla, que el Ordenamiento no puede amparar[187]. A nuestro entender, sin embargo, ésta no es solución adecuada en el sistema instaurado por la Ley 8/2021[188]. Por dos consideraciones: una, de congruencia con el nuevo sistema; otra, de carácter más pragmático.

La primera consideración –de congruencia con el nuevo sistema– se cifra en que no nos parece pueda decirse que existe necesariamente mala fe cuando una persona sin discapacidad realiza un acto o contrato con persona con discapacidad sabiendo que ésta no ha utilizado la medida de apoyo oportuna. No puede decirse, porque en el actual sistema es perfectamente posible que la persona no-discapaz, «a pesar de conocerlas [las medidas de apoyo existentes y no utilizadas] y no remediarlo, no persiga en esa actuación un fin deshonesto o malicioso ni su intención sea espuria, sino que colabore en la propia autonomía contractual de la persona

---

[185] Denuncian este peligro también Leciñena, 2022, pp. 280-281; Marín Calero, 2022, pp. 131-132; López Barba, 2021, p. 612; De Salas Murillo, *Diario La Ley*, 2021, pp. 3-5; y Amunátegui, 2019, p. 60.

[186] Pues, como se ha dicho, hoy «cuesta poco» conseguir la designación de tal persona –se está pensando, evidentemente, en medidas formales de apoyo– en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (Marín Calero, 2022, p. 131).

[187] Así De Salas Murillo, *Diario La Ley*: 2021, p. 4. Sobre la mala fe a este respecto y su consideración durante la tramitación de la Ley 8/2021, *vid.* López Barba, 2021, pp. 609-611.

[188] Que no cuadra con el sistema de la Ley 8/2021 lo piensan también Amunátegui, 2019, p. 60; y Fernández Campos, 2022, p. 67. Y también, aunque en términos más generales, Marín Calero, 2022, pp. 131 y 289.

discapaz»[189]. Aquella afirmación, por tanto, es hoy un apriorismo. Y, ¿acaso deben las personas sin discapacidad negarse a realizar actos o celebrar contratos con personas con discapacidad pero que tienen capacidad natural de entender y querer, cuando saben que estas últimas no se han servido del apoyo meramente asistencial oportuno? Creemos que no, pues negarse a ello supone no tratar a las personas con discapacidad igual que a las demás y esto resulta abiertamente disconforme con las premisas sobre las que procede nuestro sistema actual, a saber: que las personas con discapacidad tienen igual capacidad jurídica que las personas sin discapacidad; que esa capacidad jurídica comprende no sólo aptitud para ser titular de derechos sino también para tomar decisiones y realizar actos y negocios; y que los apoyos que la ley contempla son un derecho de las personas con discapacidad, no una limitación a las mismas ni algo que se les pueda imponer contra su voluntad. Negarse a realizar actos o contratos con las personas con discapacidad cuando éstas resuelven proceder sin apoyo asistencial, por tanto, no puede ser algo forzoso para las personas sin discapacidad. Si así fuera ello supondría además, en la práctica, imposibilitar a las personas con discapacidad para actuar por sí solas, pues ninguna persona sin discapacidad se atrevería a realizar actos o celebrar contratos con ellas en esas circunstancias, produciéndose en consecuencia una situación en cierta forma parecida a la que se daba con la curatela en el régimen anterior a la Ley 8/2021. Por todo lo cual entendemos que la mala fe no se puede presumir aquí sino que hay que demostrarla, y con prueba particular en cada caso.

La segunda consideración en que sustentamos nuestra crítica a la propuesta que ahora estamos analizando –supeditar la impugnación a que la parte sin discapacidad, al tiempo de realizar un acto o contrato con persona con discapacidad, haya tenido conocimiento de la existencia de medida de apoyo no utilizada–, la derivamos del régimen de cognoscibilidad dispuesto en la misma Ley 8/2021 en relación con esas medidas de apoyo. Para desarrollar esta consideración, de carácter más pragmático, hacemos primero una reflexión general y luego nos ocupamos de la cuestión específicamente en relación con la guarda de hecho.

Por cuanto hace a la reflexión general, nos encontramos de entrada con que la Ley 8/2021 afirma en un momento, en el número IV de su Preámbulo, que «*el Registro Civil se convierte en una pieza central*» del nuevo sistema, pero tenemos también que esa

[189] Álvarez Lata, 2021, p. 1018, nota 1431. También Carrasco Perera, 2022, pp. 267-268. En CCJC septiembre-diciembre 2023, núm. 123, p. 228, sin embargo, Álvarez Lata parece sostener lo contrario.

misma Ley discurre luego –tanto en su Preámbulo, inmediatamente a continuación de lo anterior, como en la regulación concreta que dispone al respecto, hoy recogida en la Ley del Registro Civil– por derroteros distintos de los que aquella afirmación primera parece anunciar[190]. Pues la Ley 8/2021, cambiando radicalmente el criterio tradicional de nuestro Ordenamiento en este tema –que daba publicidad amplia a las resoluciones judiciales de modificación de capacidad de obrar que se dictaran, permitiendo a los terceros conocer si la persona con la que pretendían realizar un acto o un contrato tenía o no limitada esa capacidad así como, en su caso, conocer cuál era el concreto régimen que le era aplicable[191]–, dispone hoy que las concretas medidas de apoyo que se establezcan para personas con discapacidad tienen una publicidad restringida. Es así porque, aunque el artículo 15 de la Ley del Registro Civil, bajo la rúbrica «*Principio de publicidad*», establece en sus núms. 2 y 3 que «*el Registro Civil es público*» y que «*podrá obtenerse información registral…, cuando se refiera[n] a persona distinta del solicitante, siempre que conste la identidad del solicitante y exista un interés legítimo*», a continuación el número 4 de este mismo precepto prescribe que «*quedan exceptuados del régimen general de publicidad los datos especialmente protegidos, que estarán sometidos al sistema de acceso restringido al que se refieren los artículos 83 y 84 de la presente Ley*», artículos, estos dos últimos, que establecen que «*a los efectos de la presente Ley se considerarán datos especialmente protegidos:… b) La discapacidad y las medidas de apoyo*», y que «*sólo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos…*». Esto, como es evidente, plantea preguntas de enorme calado, pues ¿no se desvirtúa con ello, en gran medida al menos, la función propia del Registro Civil? No es necesario para los fines de este trabajo que nos adentremos en esta cuestión[192], pero lo que en todo caso resulta indudable es que el

[190] Sobre medidas de apoyo y Registro Civil, *vid.* Alicia SÁNCHEZ SÁNCHEZ, 2022, pp. 1277-1304, y Emma SÁNCHEZ SÁNCHEZ, 2022, pp. 1307-1330.

[191] Nótese que este régimen se mantenía incluso en la redacción inicial de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, esto es apenas diez años antes de su modificación por la Ley 8/2021.

[192] Aunque no nos adentremos aquí en esta cuestión, sí diremos que la razón que se aduce como justificativa de esa publicidad restringida no nos parece atendible. Esa razón es proteger la intimidad y los datos personales de las personas con discapacidad: «*el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales* –dice el Preámbulo de la Ley 8/2021 (IV)–, *han llevado a considerar que las medidas de apoyo accedan al Registro como datos*

nuevo régimen incide de modo esencial en nuestro tema, ya que, al no dar publicidad a las concretas medidas de apoyo que existan en relación con determinadas personas, los terceros no pueden conocerlas. ¿Cómo puede entonces alguien saber, no sólo que la persona con la que pretende realizar un acto o contrato está afectada de discapacidad sino además que su discapacidad afecta precisamente a ese acto o contrato y por tanto que para la realización del mismo precisa apoyo, y cuál es éste? Recuérdese que la discapacidad es hoy una circunstancia que se ha de valorar *super casum*, y repárese además en las numerosas discapacidades que existen pero que a simple vista resultan de difícil o imposible detección y valoración por los particulares (además de en la edad avanzada, que indudablemente afecta al entendimiento de las personas pero que en muchos casos es difícil saber hasta qué punto). Pues bien, siendo eso así, ¿cómo puede entonces supeditarse el ejercicio de la acción de impugnación a que la otra parte tenga conocimiento de la existencia de tales medidas (no utilizadas)? Pretender tal cosa, en un sistema que no permite a los particulares el acceso al Registro a fin de poder conocer las que existen, no es una solución plausible [193]. Es, nos atreveríamos incluso a decir, un sinsentido.

---

sometidos al régimen de publicidad restringida». Pero ésta, tal como decíamos, no es razón atendible, pues una cosa es no dar publicidad a las circunstancias personales físicas o psíquicas determinantes de la discapacidad de las personas –esto no plantea dificultad ninguna para admitirlo–, y otra no dar publicidad a las medidas de apoyo existentes en favor de tales personas, cuando esas medidas resultan luego determinantes de la validez o invalidez de lo actuado por ellas en el tráfico jurídico (*vid.* Domínguez Luelmo, 2022, p. 637-639; también Fernández Campos, 2022, pp. 69-70).

[193] La regulación establecida hoy en nuestro Ordenamiento nos permite dejar aquí a un lado la disputa que bajo el régimen anterior se planteó acerca de si las modificaciones de la capacidad de obrar dispuestas en resolución judicial que no se inscribieran en el Registro de la Propiedad eran o no oponibles a quienes, como adquirentes, celebraran contratos con personas que dicho Registro publicaba como titulares de derechos –y realmente lo eran– pero de los que no podían disponer válidamente por sí solas en razón de lo establecido en tales resoluciones. Esa disputa se concretaba en los dos planteamientos siguientes.

Uno, claramente mayoritario en la doctrina, sostenía que tales modificaciones de capacidad eran oponibles a quien contrataba con el titular registral aunque no estuvieran inscritas. Por dos razones principales. Una, porque ésta no es materia de contenido patrimonial sino personal, en la que no cabe plantear un sistema de protección de la apariencia semejante al que el Derecho Hipotecario establece en relación con las adquisiciones de derechos reales por parte de terceros de buena fe: la protección de la persona con capacidad judicialmente modificada es interés preferente a la protección del interés del tráfico. Y otra, porque en el caso aquí discutido no se plantea un problema de tercero –que es al que propiamente se refiere el expediente de protección de la apariencia en el ámbito hipotecario– sino un problema *inter partes* (titular registral-persona que celebra contrato con él).

El otro planteamiento, sostenido por un número de autores reducido pero de gran autoridad –Gordillo Cañas, 1986, *passim*, pero especialmente pp. 82-89, 98-116, 124-137, 141-144, 164-185 y 194-195; y Hermida Linares, RCDI 1952, pp. 20-26 y 442-448–, consideraba que la incapacidad / modificación de capacidad declarada judicialmente, si no era cognoscible por el adquirente de un bien porque no se había inscrito en el Registro de la Propiedad, no le era oponible. El Registro –decía Gordillo–, creado para ser reflejo fiel de la realidad, proyecta una imagen falsa –apariencia– cuando no se lleva a

Y esta objeción que acabamos de apuntar no se salva con la excepción a tal restricción de conocimiento que la ley hace en favor de Administraciones y funcionarios públicos –los más relevantes para nuestro caso, aunque no los únicos, son los Notarios y los Registradores–, cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de las medidas de apoyo (artículo 84 de la Ley del Registro Civil, en su actual redacción)[194]. No puede salvarse con esa excepción, por las tres razones siguientes.

Una, porque no todos los actos y contratos pasan por Notarios, Registradores u otros funcionarios públicos. Posiblemente sí lo hacen los de mayor importancia, pero no todos, ni siquiera todos

---

él lo que es susceptible de inscripción, resultando entonces que otra persona puede celebrar contrato con el titular registral confiando en esa apariencia, y en este caso, por razones de seguridad jurídica, la realidad no debe serle oponible posteriormente. Este planteamiento, que se aplica sin duda ninguna en caso de defecto de titularidad o de poder de disposición, es aplicable también –decía Gordillo– en caso de defecto de capacidad del transmitente, pues aunque la capacidad de una persona no sea cosa transmisible, no es menos cierto que sí afecta a las posibilidades de actuación válida y eficaz de esa persona. Por eso –añadía– se disponen instrumentos para publicar las modificaciones de capacidad existentes –el Registro Civil y el Registro de la Propiedad–: para que todos puedan saber a qué atenerse en su relación con tales personas. Y por ello –concluía–, si la resolución judicial que modifica la capacidad de obrar de una persona, titular registral de un derecho real inmobiliario, no se inscribe en el Registro de la Propiedad y entra en juego un sujeto que celebra negocio adquisitivo con tal titular confiado en la apariencia que resulta del Registro, esa confianza debe ser protegida, no pudiéndosele oponer aquella modificación para anular el negocio. Es cierto –reconocía– que las cuestiones de capacidad no plantean estrictamente un problema de tercero sino de partes, pero eso –respondía– no impide aplicar lo dicho, ya que el interés en juego es sustancialmente el mismo: la protección de la seguridad jurídica. Siendo así además –añadía– que el argumento en contrario sustentado en el artículo 33 LH –que dice que la inscripción no sana ni convalida los actos nulos– no es determinante aquí si se considera el Derecho hipotecario en su conjunto –*i.e.*, no sólo el artículo 33 sino también los artículos 2.4.º y 42.5 LH (en su redacción anterior a la Ley 8/2021) y 23 LH en su redacción originaria (de 1861)–, de donde se puede concluir que el artículo 33 LH establece la regla general –que la inscripción no convalida los actos nulos– pero que esa regla tiene una excepción: cuando la causa de anulabilidad es un defecto de capacidad del transmitente que, pudiéndose haber inscrito en el Registro de la Propiedad, sin embargo no lo ha hecho.

Esta disputa, ahora bien, tal como avanzábamos al inicio de esta nota, ha perdido su razón de ser después de la Ley 8/2021, porque hoy la Ley Hipotecaria, tras disponer que las resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo sólo se pueden inscribir en el Libro sobre administración y disposición de bienes del Registro de la Propiedad (antes denominado Libro de incapacitados) (arts. 2.4.º y 242.bis LH), establece que a esas inscripciones no tendrán acceso general los terceros (*vid.* el art. 222.9 LH). Con lo cual el planteamiento que sostenía la tesis minoritaria –que la modificación de la capacidad de obrar del titular registral no era oponible a terceros de buena fe cuando no estuviese inscrita en el Registro de la Propiedad– se sitúa hoy en un terreno completamente distinto, ya que hoy, aunque las medidas de apoyo establecidas en relación con una persona se hayan inscrito en el Registro, los terceros no pueden saber si existen o no, ni conocerlas (el Libro sobre administración y disposición de bienes queda hoy exclusivamente como un medio interno y auxiliar a efectos de calificación: Gimeno Gómez-Lafuente, 2022, p. 1401). Por cuanto hace al reflejo de las medidas de apoyo en el Registro de la Propiedad, es importante también tener presente lo dispuesto en el artículo 755.2 LEC.

[194] Artículo 84 de la Ley del Registro Civil: «*(…) Las Administraciones públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1.b) del artículo 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de las medidas de apoyo*».

los importantes: recuérdese que en nuestro Ordenamiento la escritura pública como forma requerida *ad validitatem* y la inscripción registral con valor constitutivo son supuestos excepcionales. El sistema establecido por la Ley 8/2021 parece centrado en los actos y contratos que efectivamente pasan por Notarios, Registradores u otros funcionarios públicos[195], pero la realidad es más amplia, y por ello esa excepción a favor de funcionarios públicos no es suficiente. La restricción al conocimiento de tales circunstancias repercute gravemente en el tráfico restante[196].

Otra, porque, incluso si el acto o contrato se instrumenta en escritura pública, hacer depender el tráfico –tanto en sentido jurídico como económico– de la advertencia que los Notarios, llegado el momento, hagan a los sujetos del mismo, no será siempre solución satisfactoria. Pues, ¿qué ocurrirá con los gastos y las pérdidas de tiempo y de oportunidad derivados de actuaciones que antes de llegar a la Notaría haya hecho la parte sin discapacidad –desplazamientos, estudios técnicos, búsqueda de financiación, etc.– al efecto de cerrar una operación que a la postre no se acaba realizando en razón del temor generado en esa parte a verla posteriormente invalidada por la otra parte –la parte con discapacidad– en base a haber procedido sin asistencia de la persona de apoyo, cuya existencia descubre el Notario a la parte no-discapaz justamente al irse a otorgar la escritura? ¿Será preciso que las personas, para evitar tales gastos y pérdidas de tiempo y de oportunidad, al iniciar tratos con otras empiecen preguntándoles si tienen o no discapacidad y medidas de apoyo, o, más aún, que les requieran autorización para acceder al Registro Civil y comprobar por sí mismas tales circunstancias? Esto es absurdo[197].

Y otra, porque, aunque la diligencia de los Notarios lo haga harto improbable, ¿qué ocurrirá si en un caso, por falta suya, no

---

[195] El nuevo sistema registral –dice Alicia Sánchez Sánchez– «prioriza el acceso a la información del Registro Civil por las Administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y bajo su responsabilidad…, relegando al particular y dificultando el acceso a la información registral» (2022, p. 1286).

[196] Debe además tenerse presente aquí –dicen Egusquiza, 2022, p. 1171; y Álvarez Lata, 2021, pp. 1018-1019– la dificultad inherente a la contratación de consumo a distancia y a través de mecanismos digitales, muy frecuentes hoy, en las que las circunstancias personales del consumidor no son conocidas por la otra parte.

[197] En este sentido, apunta Marín Calero que «no cabe presumir mala fe de la contraparte [la parte sin discapacidad] por el hecho de que se omitan medidas de apoyo que estén inscritas en el Registro civil, pues sería inaceptable para la normalidad del tráfico (y por lo tanto expulsaría de él a las personas con discapacidad) exigir a todo el que contrate con [personas con discapacidad] –que además no siempre sabrá que son "ellas"– que haga una previa e inmediata consulta a ese Registro, algo que, además, sólo podrá hacer con la colaboración de la propia persona con discapacidad, pues se trata de una información de publicidad restringida» (2022, p. 289). Cabe, además, que la persona con discapacidad oculte a la otra tal circunstancia a propósito.

advierten a la parte sin discapacidad de la existencia de medida de apoyo en relación con la otra parte de una operación? Incurrirán, posiblemente, en falta y sanción, pero, ¿impedirá eso que la parte con discapacidad pueda luego impugnar el acto o contrato realizado? Pensamos que no. Y en todo caso, sea de eso lo que sea, lo que con ello se evidencia es que carece de justificación no permitir, a quienes van a realizar un acto y son por tanto los principales interesados en él, conocer por sí mismos la existencia de medidas de apoyo en relación con las personas con las que pretenden celebrarlos (sin perjuicio de que puedan y deban conocerlas también Notarios, Registradores y otros funcionarios públicos).

Terminamos con esto la reflexión general y pasamos a ocuparnos del caso específico de guarda de hecho, que presenta particularidades propias en este sentido. Es así porque, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de curador o medida voluntaria prevista por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, que son apoyos formales cuyo establecimiento es inequívoco –se constituyen cuando un Juez dicta la correspondiente resolución, sea en procedimiento de jurisdicción voluntaria o contenciosa, o cuando se otorga la correspondiente escritura pública[198]–, cuyo alcance está bien delimitado –el que se haya determinado en la resolución o escritura–, cuya inscripción en el Registro civil es obligatoria[199] y cuyo reflejo registral se hace en asiento cuyo contenido se presume exacto y al que se atribuye plena eficacia probatoria –asiento de inscripción[200]–, cuando se trata de guarda nos encontramos con un supuesto que presenta notas contrarias a las dichas, ya que su establecimiento no se produce formalmente sino por vía de hecho, su alcance no está en principio delineado de forma nítida y oficial, su reflejo registral no

[198] Artículo 269 CC, para las medidas de apoyo judiciales. Para las medidas de apoyo voluntarias: artículo 255 CC.

[199] *Vid.* artículo 300 CC. En caso de medidas judiciales, *vid.* artículo 755 LEC, que impone al Letrado de la Administración de Justicia su comunicación de oficio al Registro Civil. En caso de medidas de apoyo voluntarias, el artículo 255, apartado cuarto, CC, impone tal deber al Notario.

[200] Artículo 4 de la Ley del Registro Civil: «*Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles: (…) 10.º Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. 11.º Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*».

Artículo 39 de la Ley del Registro Civil: «*1. La inscripción es la modalidad de asiento a través de la cual acceden al Registro Civil los hechos y actos relativos al estado civil de las personas y aquellos otros determinados por esta Ley. 2. Los efectos de la inscripción son los previstos en los artículos 17 y 18 de la presente Ley*».

Artículo 17 de la Ley del Registro Civil: «*1. La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos*».

Artículo 16.2 de la Ley del Registro Civil: «*Se presume que los hechos inscritos existen y los actos son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado o cancelado en la forma prevista por la ley*».

es obligatorio y además, en caso de que se produzca, no se hace mediante asiento de inscripción sino de anotación, que no tiene valor probatorio sino meramente informativo[201]. Lo que hace que en caso de guarda de hecho de carácter asistencial sea más inadecuado aún que cuando se trata de curatela, supeditar la impugnación del acto o contrato a que la parte capaz haya tenido conocimiento de la existencia de tal medida. Porque en la realidad no será frecuente –todo lo contrario– que la guarda de hecho se haya anotado en el Registro; porque, aunque se haya hecho así, tendrá publicidad restringida y por tanto las personas capaces que vayan a realizar con aquéllas un acto o contrato no podrán tener por sí mismas conocimiento de su existencia; y porque, aunque se haya anotado en el Registro y el acto o negocio de que se trate se instrumente en escritura pública, el Notario sólo podrá informar a la parte capaz de su posible existencia –sólo posible, porque en este caso no se presume que lo anotado en el Registro se corresponda con la realidad–.

A la vista de lo cual, concluimos ratificándonos en la afirmación que avanzamos en su momento: que supeditar la impugnación que estamos viendo a que la parte sin discapacidad haya conocido que la persona con la que celebra un acto o contrato presenta discapacidad relevante para el mismo y que no ha contado al efecto con el apoyo asistencial oportuno, no es solución adecuada en el sistema actual, ni en general, ni en particular en caso de guarda de hecho[202].

Que esa solución no sea adecuada en nuestro Ordenamiento, ahora bien, no significa que debamos resignarnos a admitir una acción de impugnación de ejercicio libre y a voluntad de la persona con discapacidad o sus herederos. Esto no es lógico, ni justo, pues la seguridad de quienes entran en contacto con personas con discapacidad y celebran actos y negocios con ellas es también una exigencia de equidad y de Justicia[203]. Los intereses de quienes tratan con personas con

---

201 Artículo 40 de la Ley del Registro Civil, en su nueva redacción: «*1. Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción. (…) 3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos: (…) 9.º El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho*». Se extenderán estas anotaciones –dice el actual artículo 40.2 LRC– a petición del Ministerio Fiscal o del cualquier interesado –lo que comprende por tanto al guardador–. Para ello será necesario aportar la oportuna documentación, principalmente acta de notoriedad (arts. 300 CC y 209. Quinto del Reglamento notarial); pero *vid. infra* V.1.2 en relación con el Auto en expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 265 CC y 52 LJV) o con el Decreto del Ministerio fiscal en los que se constate la existencia de guarda de hecho.

202 En sentido semejante, López Cánovas, 2022, p. 169.

203 Hacen también referencia en este punto al interés de los terceros y a su protección, Ataz López, 2022, p. 151; Marín Calero, 2022, pp. 132 y 134-137; De La Cerda Ballesteros, 2022, pp. 388-389; Gimeno Gómez-Lafuente, 2022, pp. 1380, 1397, 1401 y 1405; Messía De La Cerda, 2022, p. 400; Fernández Campos, 2022, pp. 69-70; López Cánovas, 2022, pp. 168-169.

discapacidad son tan legítimos como los de estas personas, y el Ordenamiento debe protegerlos igual. Esa impugnación debe por tanto condicionarse a algún requisito añadido. Pero, ¿a cuál?

A nuestro juicio ese requisito debería cifrarse en que la persona sin discapacidad, al realizar el acto o contrato de que se trate, se haya aprovechado de que la persona con discapacidad haya actuado sin apoyo, obteniendo para sí –la persona sin discapacidad– una ventaja injusta y causando con ello, correlativamente, un perjuicio injustificado a la persona con discapacidad.

Cómo se concrete esa ventaja injusta, es cuestión que correspondería al legislador decidir. A nivel teórico existen dos fórmulas principales: una, proceder con base en un concepto jurídico indeterminado –*obtención de ventaja injusta*– que luego los jueces tendrán que concretar en cada caso; otra, fijar la ventaja injusta en términos cuantitativos, de tal modo que sólo se considere jurídicamente relevante si llega a tal medida –*v. gr.*, lesión a la persona con discapacidad en más de la cuarta parte del valor del bien o de la prestación objeto del acto o contrato–. Cada una de esas opciones tiene sus pros y sus contras –la primera tiene a su favor que permite valorar las circunstancias particulares de cada caso, la segunda tiene la ventaja de que su aplicación es más fácil–, y es el legislador a quien correspondería decidir[204].

En todo caso, con independencia de cómo se concrete eso, lo importante ahora es dejar sentado que la única circunstancia que a nuestro entender debería posibilitar la impugnación, por parte de la persona con discapacidad o sus herederos, de un acto o contrato realizado por ella sin apoyos, es que tal acto o contrato haya procurado una ventaja injusta a la persona sin discapacidad y, correlativamente, un perjuicio injustificado a la persona con discapacidad[205]. Fórmula, ésta, que se justifica por cuanto es la única que

---

[204] La primera encajaría mejor en el artículo 1302.3 CC, tal como está redactado hoy. La segunda, sin embargo, además de su más fácil aplicación, es la seguida en el artículo 1291.1.º CC en relación con la impugnación de contratos celebrados por personas de apoyo representativo sin autorización judicial. En la doctrina hay pareceres diversos. Así, López Cánovas destaca que la segunda es de aplicación más fácil (2022, p. 173), pero añade (pp. 171-172) que la ventaja injusta debe conceptuarse de forma amplia, para abarcar no sólo los casos de obtención de beneficio económico excesivo sino también aquellos en que la ventaja es de otro tipo, *v. gr.* en la forma de pago o en las causas de resolución del contrato. Egusquiza, por su parte, considera que la ventaja injusta «debería ser apreciada en sí misma, sin que para ello resulte exigible la existencia de una notoria desproporción u onerosidad para la persona con discapacidad. (…) no sería necesario –dice– que existiera una concreta cuantificación de la lesión sufrida por el contratante con discapacidad, bastando que el negocio resultase injustamente desproporcionado» (2022, pp. 1172-1173; en sentido semejante, Álvarez Lata, 2021, pp. 1019-1020).

[205] Así también García Rubio, 2022, p. 629; y García Rubio, Varela Castro, 2022, pp. 653-656, 658 y 664; Alberruche, 2022, pp. 512-513; Carrasco Perera, 2022, pp. 266-269.

posibilita cohonestar armónicamente todos los intereses en juego –la autonomía de las personas con discapacidad, la seguridad jurídica, y la recusación del enriquecimiento injusto–, y llegar a una solución justa y equitativa. De este modo –se ha dicho muy atinadamente–, «se equilibra el interés de la persona con discapacidad, quien ve reconocida su capacidad para vincularse jurídicamente a través de contratos, con el interés de la confianza del otro contratante, quien sólo se hallará desprotegido si en realidad no merece tutela por haberse aprovechado de la situación de discapacidad de otro, obteniendo una ventaja injusta. En consecuencia, la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona con discapacidad sólo adquiere relevancia anulatoria cuando el contrato resulta injustamente desequilibrado; o lo que es lo mismo, es el desequilibrio y no la discapacidad la razón que hace quebrar la plena validez del negocio»[206].

Esta fórmula, además, pensamos que no puede causar asombro ni rechazo, ya que el propio Código la establece en su artículo 1302.3, párrafo segundo, cuando quien impugna es la persona de apoyo[207]. Si bien conviene precisar que, aunque así lo haga este precepto en relación con la persona de apoyo, no es atinado proceder en este punto supeditando la impugnación al cumplimiento alternativo de uno de los dos requisitos siguientes: que la persona sin discapacidad haya actuado teniendo conocimiento de que la persona con discapacidad contaba con medida de apoyo de la que sin embargo no se había servido para realizar el acto o contrato que ahora se pretende impugnar, «*o*» que la persona sin discapacidad se haya aprovechado de la discapacidad de la otra parte obteniendo para sí, con ese acto o contrato,

[206] García Rubio Varela Castro, 2022, pp. 665.

[207] Esa referencia hecha en el texto a lo dispuesto en el artículo 1302.3, párrafo segundo, CC, ahora bien, no significa que consideremos que esa norma es aplicable directamente a la impugnación planteada por la propia persona con discapacidad o sus herederos. No es así, porque esa norma se refiere propiamente sólo al caso de impugnación por parte de la persona de apoyo: esto se evidencia al considerar que su tenor literal subraya que lo dispuesto en él se aplica «*en este caso*», y además que eso se dispone en un párrafo distinto –el segundo– de aquel en que se trata de la impugnación por la propia persona con discapacidad o sus herederos –el párrafo primero–. García Rubio Varela Castro (2022, pp. 653-656, 658 y 664), sin embargo, consideran que el requisito de haberse aprovechado la parte capaz de la situación de discapacidad de la otra parte obteniendo una ventaja injusta es aplicable también a la impugnación planteada por la propia persona con discapacidad o sus herederos, pues aunque el tenor del artículo 1302.3 CC dice otra cosa, ello es fruto –consideran– de las distintas versiones y enmiendas que el legislador barajó al tratar este precepto, que hicieron que el texto definitivamente aprobado no resultara plenamente coherente en este punto. Pero, eso no obstante, ése es –dicen– el sentido correcto con el que debe aplicarse la norma, ya que entre la impugnación por la persona de apoyo y la impugnación por la propia persona con discapacidad o sus herederos hay identidad de razón en este sentido. El planteamiento de estos autores, ahora bien, aunque lo compartimos en un plano valorativo, no es el que resulta de la ley.

una ventaja injusta[208]. Para nosotros, el único factor determinante a efectos de impugnación debe ser la obtención de ventaja injusta por parte de la persona sin discapacidad y la correlativa causación de un resultado lesivo a la persona con discapacidad, no el hecho de conocer aquélla que ésta estaba operando en la vida jurídica sin apoyo asistencial[209]: este conocimiento, aunque exista, no debe bastar por sí solo, sino que para ser relevante debe traducirse en un resultado material, en los términos apuntados[210]. Por ello, si la parte capaz ha tenido conocimiento de tal circunstancia pero el resultado del acto o contrato ha sido equilibrado para ambas partes, nos parece que permitir la impugnación es una reacción desproporcionada[211].

La fórmula que propugnamos, es verdad que aleja esta impugnación del terreno de la anulabilidad en que la ley actual la sitúa[212] y la aproxima al terreno de la rescisión, pero ocurre que ésta, debidamente dibujada, nos parece que hubiera sido la acción más adecuada aquí[213]. Y conseguirlo es algo que no sería difícil si el legislador

---

[208] Aunque la alternatividad de los requisitos que establece el artículo 1302, párrafo segundo, CC, es *communis opinio* en la doctrina, García Rubio, con base en la locución «*de otro modo*» empleada en él, considera que esos requisitos han de aplicarse de modo cumulativo (2022, pp. 662-663). Pero esto no es lo que resulta de la letra de la norma –*vid.* la conjunción disyuntiva «*o*» que emplea–, ni de la intención del legislador. Sobre estos requisitos alternativos, *vid.* Egusquiza, 2022, pp. 1170-1174. Carrasco Perera, por su parte, considera «completa necedad» que la legitimación de las personas de apoyo se condicione a alguna de las dos circunstancias apuntadas (2021, p. 7).

[209] García Rubio Varela Castro, llevando este planteamiento al extremo, consideran que, aunque haya habido apoyo, el acto o contrato realizado por persona con discapacidad es anulable si reporta ventaja injusta a la parte capaz (2022, p. 659). Nosotros no estamos de acuerdo con esto.

[210] Ese conocimiento, además, va implícito en el hecho de obtener una ventaja injusta aprovechándose de la discapacidad de la otra persona.

[211] Aunque considera la cuestión desde otra perspectiva, *vid.* López Cánovas, 2022, p. 172.

[212] Para una crítica de la anulabilidad como acción adecuada en este tema en el sistema establecido por la Ley 8/2021, *vid.* López Barba, 2021, pp. 598-606.

[213] Así también Álvarez Lata: «no falta razón a quienes entienden que la opción de la rescisión permitiría huir de fórmulas como la anulabilidad, en las que claramente subyace la falta de capacidad para contratar y la protección de la persona, que asimismo pueden resultar contradictorias con los principios proclamados por la [Convención de Nueva York]; la posibilidad de rescindir el negocio hecho por la persona con discapacidad con o sin medidas en caso de lesión… hubiera sido probablemente una buena decisión para evitar las incongruencias del sistema a las que conduce la regulación de la mera anulabilidad» (2021, pp. 998-999). También López Barba (2021, pp. 598-599, 611 y 613-614), sin perjuicio de que no convengamos con ella en situar el fundamento primigenio de la acción de rescisión en el artículo 12.5 de la Convención de Nueva York –que ordena a los Estados partes velar «*porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*»– (pp. 594-598), ya que entendemos que esa norma no se refiere a impugnar resultados inadecuados o injustos de una actuación realizada voluntariamente por persona con discapacidad sino a impedir privaciones procedentes «de fuera», principalmente de los poderes públicos. También se refieren a la acción de rescisión en este sentido, De Salas Murillo, *Diario La Ley*, 2021, p. 7; y Alberruche, 2022, pp. 511 ss. Y comparten el planteamiento, aunque sin hablar explícitamente de rescisión, Ataz López, 2022, pp. 151-152; y López Cánovas, 2022, pp. 162-168 y 174. En esta línea se mueve también hoy el Derecho aragonés –tras su reforma por la Ley 3/2024–, pues el artículo 45-6 de su Código establece que «*Será rescindible el contrato de una persona con*

quisiera hacerlo: bastaría con modificar el tenor de los artículos 1302.3, párrafo primero, 1291 y 1293 CC, y eso no plantearía especial complejidad, pues no supondría cambios sustanciales desde el punto de vista del régimen concreto de tal acción. Es así, porque la regulación prevista en el Código para la acción de rescisión resulta igual o muy parecida a la que hemos visto establece hoy el Código para la acción de anulación en este caso. En cuanto al plazo, porque el artículo 1299, párrafo primero, CC señala para la acción de rescisión el de cuatro años, el mismo que el artículo 1301.4.º CC señala a la acción de anulación –lo único que se requeriría es decidir cuál sería el *dies a quo* de la acción de rescisión en este caso, pues el párrafo segundo del artículo 1299 lo fija en el momento en que se extinga la medida de apoyo mientras que el artículo 1301.4.º CC lo fija en el día de celebración del contrato–. Y en cuanto a los efectos, porque es también sustancialmente semejante lo dispuesto para la acción de rescisión en el artículo 1295 CC –obligación de devolver las cosas objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, sin hacer lo cual no puede llevarse a efecto la rescisión– y lo dispuesto para la acción de anulación en los artículos 1303, 1304 y 1308 CC –únicamente habría que añadir a aquél, si se quisiera, la previsión particular contenida hoy para la anulación en el artículo 1314 CC–.

---

discapacidad, tanto si ha sido celebrado por sí sola como con alguna medida de apoyo, cuando el otro contratante se haya aprovechado de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta…» (nosotros no estamos de acuerdo con admitir la rescisión cuando la persona con discapacidad ha actuado con apoyo), matizando con ello la disposición que establece en el artículo 45-3, que excluye la anulación del acto realizado cuando la parte sin discapacidad no conoció ni pudo razonablemente conocer que la parte con discapacidad había actuado sin contar con el apoyo oportuno. Y esta acción es la que parece entender procedente también Núñez Zorrilla en relación con la figura de la «asistencia» regulada en el Derecho catalán por su Ley 25/2010 (2014, pp. 114-116 y 129-130: y es que –advertimos nosotros– aunque esta autora, al referirse a esta impugnación emplea el término «anular», luego dice que se trata de una anulabilidad diferente a la ordinaria, diferencia que cifra en hacer depender la impugnación de que se haya causado perjuicio a la parte con discapacidad). Guilarte Martín-Calero, por su parte, aunque considera en principio que, «si los apoyos faltan, debería ser esta circunstancia y no otras (mala fe, ventaja injusta del otro contratante) los que determinen la reacción del Ordenamiento jurídico» (2021, p. 545), luego sostiene que para la impugnación por parte de la propia persona con discapacidad o de sus herederos debería requerirse un perjuicio a aquélla, o una maquinación fraudulenta de la persona de apoyo (p. 549).

Tajantemente en contra de la rescisión, y a favor de la anulabilidad, se muestran sin embargo García Rubio Varela Castro, considerando que la anulabilidad es «un mecanismo más flexible, que puede ser activado tanto judicial como extrajudicialmente, y que, a diferencia de la rescisión, no posee carácter subsidiario; además –dicen–, de producirse la declaración anulatoria, se ocasionan plenos efectos restitutorios, lo que no sucede con la rescisión» (2022, p. 649). Por nuestra parte, sin embargo, no entendemos este planteamiento, máxime cuando estos autores justifican la impugnación únicamente en base a la causación de un perjuicio injusto a una de las partes, dato que se suele relacionar directamente con la acción de rescisión, conforme al entendimiento común de estas acciones.

En general sobre la rescisión de los actos y contratos realizados por personas con discapacidad, *vid.* las consideraciones que antes de la Ley 8/2021 hacían Messía De La Cerda, 2018, pp. 505-509, y Legerén, 2019, p. 205.

IV. **LA GUARDA DE HECHO REPRESENTATIVA**

1. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL

Como ya hemos visto, tras la reforma del Código civil por la Ley 13/1983 la guarda de hecho pasó a tener entre nosotros cierto reconocimiento legal, aunque muy limitado. En cuanto a su función, es claro que la ley no atribuyó entonces al guardador operatividad representativa, por lo que en ningún caso podía considerarse legitimado para actuar en nombre de la persona «guardada»[214] –sin perjuicio de que se contemplara la posible convalidación *a posteriori* de los actos que el guardador realizara *de facto* en interés del guardado, cuando esos actos hubieran resultado de utilidad para éste[215]–.

Con el paso del tiempo la situación fue cambiando, en parte a través de leyes especiales que establecieron que en ciertos sectores y casos el guardador sí estaba legitimado para realizar válidamente actos en nombre de la persona guardada[216]; en parte a través de

---

[214] Por todos, *vid.* Bercovitz, 1986, p. 790; Sancho Gargallo, 2000, p. 232; Martínez De Aguirre, 2014, pp. 122-124 y 141; Leciñena, 2015, pp. 50-51.

[215] Artículo 304 del Código civil, en su redacción de entonces: «*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del… presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*». La regla del artículo 304 del Código civil, decía entonces Martínez De Aguirre (2014, p. 124, apoyándose en Parra Lucán), «sirve… para desincentivar la contratación con el guardador de hecho: puesto que el tercero no puede controlar el destino de la prestación entregada al guardador de hecho ni la finalidad con la que el guardador realiza el acto, son los terceros los que deben protegerse, evitando la contratación o negándose a realizar el acto requerido por un guardador que no esté dotado de la debida legitimación para actuar el nombre del guardado».

[216] Recuérdese, en este sentido, lo dispuesto en las Leyes 41/2002, 41/2003, 39/2006 y 1/2009.

– 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, vino a establecer en su artículo 9.3 que, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones y carezca de representante legal, pueden prestar consentimiento por representación las personas vinculadas a él, además de por razones familiares, también por razones de hecho (Una exposición descriptiva al respecto puede verse en Lescano, 2017, pp. 108-113).

– La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, estableció en su artículo 3.1.c) –en su redacción de entonces– que el guardador, en beneficio de la persona con discapacidad, podía constituir un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado en herencia, o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario (Una exposición descriptiva al respecto puede verse en Lescano, 2017, pp. 113-124).

– La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, aunque no contemplaba propiamente la legitimación del guardador de hecho en este sentido, al pasar al terreno de su aplicación práctica dio lugar a que la Resolución de 16 de julio de 2007 del Instituto de Mayores y Servicios sociales del Ministerio de Trabajo estableciera un modelo para que el guardador pudiera presentar solicitud de inicio de procedimiento para el reconocimiento de la persona con discapacidad como persona dependiente, siendo así que luego las Comunidades

resoluciones jurisprudenciales que consideraron válidas determinadas actuaciones del guardador y que además le reconocieron legitimación activa y pasiva desde el punto de vista procesal[217]; y en parte también a través de la modificación del propio Código civil, a cuyo artículo 303.1 se añadió por la Ley 26/2015 un párrafo segundo que permitió que en determinada circunstancia pudieran los jueces otorgar facultades tutelares al guardador[218]. Pero se trataba en todo caso de supuestos acotados, por lo que la regla seguía siendo la antes dicha.

La aprobación de la Ley 8/2021, sin embargo, ha operado aquí un cambio radical. Por un lado, porque la guarda de hecho ha pasado a ser reconocida por la ley como medida regular de apoyo a las personas con discapacidad, al mismo nivel que las demás medidas de apoyo legales. Y por otro lado, porque, aunque con carácter excepcional –pero con la misma excepcionalidad que se predica de las medidas judiciales de apoyo–, la ley reconoce abiertamente al guardador la posibilidad de operar también con función representativa: así lo dice el Preámbulo de esa Ley[219], y lo establecen los artículos 249 –párrafo tercero– y 264 –párrafos primero, segundo y tercero– CC[220]. Lo que supone que la guarda de hecho puede hoy tener una operatividad que anteriormente le estaba vedada.

---

autónomas han considerado al guardador legitimado también para gestionar –en interés de la persona con discapacidad– la prestación que se le conceda (Una exposición descriptiva al respecto puede verse en Lescano, 2017, pp. 124-132).

– La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, en su Disposición Adicional única considera al guardador de hecho legitimado para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable de la persona guardada que sea de interés para el ejercicio de las funciones de aquél (Una exposición descriptiva al respecto puede verse en Lescano, 2017, pp. 132-140).

217 *Vid.* Leciñena, 2015, pp. 152-156; Pérez Monge, 2016, p. 1360; Lescano, 2017, pp. 90-92.

218 Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El artículo 303.1 CC quedó así: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. (…)».

219 «*Cabe añadir incluso* –dice en términos generales el Preámbulo (III) de la Ley 8/2021– *que, en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo…, éste puede concretarse en la representación en la toma de decisiones*». Añadiendo luego que «*Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa…*».

220 La atribución de ciertas facultades de representación al guardador ya estaba reconocida en el Derecho civil aragonés antes de la Ley 8/2021: artículo 159 del Código de Derecho civil foral de Aragón, en su redacción por el Decreto legislativo 1/2011 (hoy, más

Esto se explica porque, aunque la Convención de Nueva York establece que «*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*» (artículo 12.2) y la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad explicita ese precepto diciendo que «*la capacidad jurídica incluye la capacidad… de actuar en Derecho*», que ello supone reconocer a la persona con discapacidad «*como actor facultado para realizar transmisiones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin*», y que a estas personas no se les puede «*denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar)*» (apartados 12 y 13), hay aquí que tener presente que esa idea de máximo se ha trasladado a nuestro Derecho de forma matizada, ya que después de su reforma por la Ley 8/2021 se sigue en él reconociendo que las personas con discapacidad no pueden siempre ejercitar por sí mismas esa capacidad ni pueden siempre, por tanto, intervenir en el tráfico jurídico y realizar por sí mismas actos y negocios.

2. LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA DEL GUARDADOR EN NUESTRO DERECHO, HOY

2.1 **Sobre cuándo procede el apoyo con función representativa**

Por lo que hace a cuándo procede que el guardador pueda operar con tal función, la cuestión es clara en línea de principio: procede cuando la persona guardada no puede, ni siquiera con asistencia, tomar por sí misma una decisión o realizar un acto de relevancia jurídica que sea atendible, por ser tan severa su discapacidad que no le permite entender el significado de tal decisión o acto, ni tener una voluntad racional y libre al respecto –en otras palabras: cuando la persona en cuestión no tiene capacidad natural de entender y querer el acto o negocio de que se trate–[221]. En tal supuesto es la «persona de apoyo» –en nuestro caso, el guardador– quien, en representación de la persona con discapacidad, decide y actúa por

ampliamente, en su artículo 169-12, obra de la Ley 3/2024). También, aunque en menor medida, en el artículo 225-3 del Código civil de Cataluña, en la redacción dada al mismo por la Ley catalana 25/2010 (hoy en trámites de reforma).

[221] No compartimos la idea de Ferrer Vanrell, quien sostiene que, «para los actos enumerados en el artículo 287 CC (*ex* párrafo 2 del artículo 264 CC "en todo caso"), la actuación del guardador debe ser en todo caso representativa» (2022, pp. 610-611). No la compartimos, porque entendemos que el factor determinante a estos efectos no es el tipo de acto que se trate de realizar, sino la aptitud de la persona con discapacidad en orden a realizarlo por sí misma.

ella en la vida jurídica –hablar aquí de apoyo, como ya hemos dicho en otras ocasiones, es un eufemismo–. Función representativa que se justifica porque la realidad de las personas que se encuentran en tal situación sólo se puede resolver permitiendo que otra persona actúe en su nombre –aunque esto, según se dice, atente contra los derechos humanos–. Y es que, aunque todas las personas tienen igual dignidad y capacidad jurídica, no cabe cerrar los ojos al hecho de que no todas pueden ejercitar esa capacidad por sí mismas ni siquiera con apoyo, ni pueden en consecuencia actuar en el tráfico jurídico ejercitando derechos y realizando actos o negocios por sí mismas.

El campo de posible actuación representativa del guardador es amplio, ya que puede comprender tanto asuntos de índole personal como patrimonial, y en este último caso tanto actos de administración como de disposición. Así resulta del artículo 264 CC, que no establece limitación ninguna en este sentido, y de la remisión que ese precepto hace al artículo 287 del mismo código, en sede de curatela[222]. Sólo quedan fuera de su posible campo de actuación los actos que por su naturaleza –en particular, los personalísimos– o por disposición de norma especial no lo permiten.

En nuestro Ordenamiento actual, ahora bien, la función representativa de la persona de apoyo está pensada como hipótesis excepcional, ya que el sistema se asienta sobre la premisa de que en general, contando con apoyo asistencial, las personas con discapacidad pueden ejercer por sí mismas su capacidad jurídica. Lo que por otra parte supone sea posible que en relación con una misma persona el apoyo tenga en unos casos carácter asistencial –cuando, contando con él, la persona con discapacidad pueda formar por sí misma, en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, una voluntad atendible en orden a realizar un determinado acto– y en otros carácter representativo –cuando, por la índole de la discapacidad que padece, la persona no pueda formar por sí misma tal voluntad, ni siquiera con apoyo–[223]: recuérdese

[222] Así también Díaz Pardo, 2022, pp. 322-323. En relación con el sistema anterior, apuntaban en el mismo sentido, entre otros, Bercovitz, 1986, p. 788; Martínez Díe, 1999, p. 202; Fábrega, 2006, pp. 14 y 60-61; Jiménez Muñoz, 2010, p. 639; Berrocal Lanzarot, RCDI 2010, p. 2867; Leciñena, 2015, pp. 151-152; Lescano, 2017, pp. 84-85. En el Proyecto de Ley de fecha 17 de julio de 2020, sin embargo, en el ámbito patrimonial sólo se permitía la representación en relación con actos de administración, no de disposición (artículo 263): «*... La autorización podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo*» (y lo defendía alguna doctrina: Pereña, RDC 2018, núm. 3, pp. 76-77). En el Derecho civil catalán, el artículo 225.3.1 de su Código civil, en su redacción por Ley 25/2010 (actualmente en trámites de reforma), sólo admite actos de administración.

[223] En sentido semejante, Cabanas Trejo, en https://www.notariosyregistradores.com, *sub* 1.1 y IV.1. Igualmente el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la*

que en el actual sistema el apoyo debe ser adaptado a las circunstancias de cada caso, y que uno de los principios inspiradores del mismo es el de intervención mínima. Lo dicho resulta claro en el plano teórico. Otra cosa es que en su concreción en el tráfico diario puedan plantearse dificultades, por cuanto la apreciación de cuándo nos encontramos ante un supuesto de apoyo asistencial o de apoyo representativo es cosa que habrá que valorar *super casum*, pero ésta es una cuestión de hecho que hay que asumir.

2.2 **Requerimientos adjetivos para el desenvolvimiento del apoyo con función representativa**

No tan clara como la anterior, en cambio, resulta la cuestión relativa a los requisitos de carácter adjetivo que se exigen para poder efectivamente el guardador operar con función representativa. A este respecto hemos de centrar la atención en el artículo 264 CC, que es el precepto de referencia en este punto, y que se articula en tres párrafos.

El primero establece que «*Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, éste habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria (…)*».

El segundo dispone que, «*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287*». Artículo 287, éste, que a lo largo de nueve números relaciona una serie amplia de supuestos: los habitualmente considerados más importantes, ya desde el punto de vista personal, ya desde el punto de vista patrimonial[224].

Y el párrafo tercero, por su parte, establece que «*No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*».

Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias. Doc. 1. La guarda de hecho en la Ley 8/21, publicado en julio de 2023, pp. 6-7. Antes de la Ley 8/2021 sostenían un planteamiento semejante –naturalmente, salvando la distancia que existe entre el régimen de entonces y el actual– Rogel, 1991, pp. 861-862; Martínez Díe, 1999, pp. 198-199; Fábrega, 2006, p. 14; Jiménez Muñoz, 2010, pp. 638-639; y Pereña, RDC 2018, núm. 3, pp. 66-67. En contra, Lete, 1985, p. 489.

[224] Para una panorámica general del artículo 287 CC, *vid.* Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 795-813; y Munar Bernat, 2022, pp. 433-442.

A la vista del cual tenemos que la ley distingue entre actuaciones en representación de la persona con discapacidad para las que el guardador precisa autorización judicial, y actuaciones para las que no la precisa. Y que aquéllas constituyen la regla (dentro de la excepcionalidad que la función representativa se pretende tiene en el sistema actual), y éstas la excepción a esa regla[225]. Nos ocupamos de cada una de ellas en los apartados siguientes.

A) La regla: necesidad de autorización judicial

La exigencia de autorización judicial constituye la regla cuando se trata de actuaciones con función representativa. Y su justificación no resulta difícil: se trata de supuestos en que no va a ser la propia persona con discapacidad la que tome decisiones y actúe por sí misma en relación con sus intereses sino que va a ser otra la que lo haga en su nombre –en nuestro caso, el guardador–, lo que constituye razón suficiente para requerir, a modo de salvaguarda, que el guardador cuente para ello con autorización judicial[226].

En tales casos, dice el artículo 264 CC, el guardador «*habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria…*», expediente que se regula fundamentalmente en el Capítulo VIII del Título II de la Ley de Jurisdicción Voluntaria –artículos 61 a 66–[227], aunque no sólo en él: han de considerarse además otros preceptos, entre los cuales destacan el artículo 52.3 LJV y, también, el propio artículo 264 CC. Se inicia este expediente mediante solicitud de la persona de apoyo –del guardador de hecho, en nuestro caso– dirigida al Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona con discapacidad. Una vez admitida a trámite esa solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia citará a comparecencia al Ministerio Fiscal, a las personas que según el caso exijan las leyes, a la

[225] Resulta por ello excesiva e inadecuada la afirmación que hace Solé Resina cuando dice que «las medidas de apoyo no formalizadas no otorgan por sí mismas la representación legal de la persona concernida, que solamente puede ser conferida… por decisión judicial con una autorización judicial *ad hoc* (así se dispone –precisa la autora– para la guarda de hecho, art. 264 CC)» (2021, p. 385). Pero no es así. La exigencia de autorización judicial en orden a poder el guardador actuar en representación de la persona guardada es, ciertamente, la regla, pero regla general, no absoluta, como se evidencia al constatar que el propio artículo 264, en su párrafo tercero, contempla explícitamente supuestos de actuación representativa del guardador de hecho no precisados de autorización judicial.

[226] En el Derecho aragonés, sin embargo, el control o salvaguarda en este sentido no se pone sólo en manos del Juez sino también –alternativamente– de la Junta de parientes de la persona con discapacidad: *vid.* el artículo 169-12.6 del Código de Derecho foral, tras su reforma por Ley 3/2024.

[227] Ese capítulo lleva por rúbrica «*De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de los menores y personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*».

persona con discapacidad y, en su caso, a los peritos oportunos[228]. Y finalmente, tras oírlas, el Juez resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada.

Los pasos de este expediente son, pues, bastante simples, no teniendo nosotros más que decir sobre ello. Otra cosa es cómo cohonestar el requerimiento de autorización que establece el párrafo primero del artículo 264 CC con la autorización que también requiere el párrafo segundo de ese mismo artículo, cuestión con respecto a la cual la norma no es clara en absoluto. Y es que si, según resulta de su letra, el requerimiento de autorización del párrafo primero del artículo 264 es de alcance general –esto es, para cualquier actuación representativa del guardador, salvo las excepcionadas en el párrafo tercero–, ¿qué sentido tiene la exigencia añadida de autorización que establece el párrafo segundo de ese mismo precepto en relación con determinados actos –los enumerados en el artículo 287 CC-? ¿Son dos autorizaciones, o es una sola?

En la doctrina que se ha ocupado de este asunto no se encuentra un planteamiento claro al respecto, y en muchos casos los autores pasan de puntillas por el asunto y se limitan a apuntar la cuestión, sin más[229].

Por nuestra parte, creemos hay aquí que empezar asumiendo que no es posible encontrar a esos dos párrafos un encaje perfecto, lo que seguramente es debido a la novedad del sistema instaurado por la Ley 8/2021, con lo que ello supone de falta de referentes previos, de dudas y de imperfecciones. Por eso pensamos que lo oportuno aquí es, sencillamente, buscar el entendimiento de esos párrafos que resulte más razonable. Para lo cual conviene empezar acudiendo a los antecedentes del precepto en cuestión, que en este caso se circunscriben a los Proyectos y Anteproyectos de esa Ley y a lo dicho al respecto por el legislador en sus correspondientes Preámbulos.

Para desarrollar nuestra idea, consideramos a continuación por separado los dos párrafos en juego de ese precepto.

Y así, por cuanto hace al párrafo primero tenemos que la redacción del mismo finalmente aprobada –la hoy vigente– dispone que «*Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa*

---

[228] Cuando proceda dictamen pericial –que se acordará de oficio o a instancia de parte–, dice el artículo 64 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que éste se emitirá antes de la comparecencia, y que se citará al perito a esa comparecencia, si así se acuerda, para que responda a las cuestiones que se le planteen.

[229] Sobre esto, *vid.*, por todos, Cabanas Trejo, en https://www.notariosyregistradores.com, *sub* IV.3.a); Díaz Pardo, 2022, pp. 319-322; García Rubio, 2022, p. 234; López san Luis, 2022, pp. 84-88; Leciñena, 2021, pp. 663-664; Marín Calero, 2022, pp. 231-232; Nieto Alonso, 2022, pp. 305-306; Palacios González, 2021, pp. 422-423; De Salas Murillo, 2021, pp. 979-980; Solé Resina, 2021, pp. 385 y 389.

del guardador de hecho, éste habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria»; tenemos que el párrafo correlativo del Proyecto de Ley de 25 de marzo de 2021 era exactamente igual al que acabamos de transcribir[230]; tenemos que el correlativo del Proyecto de 17 de julio de 2020 decía que «*(…) Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria…*»[231]; y tenemos que el correlativo del Anteproyecto de junio de 2018 era exactamente igual a este último[232]. A la vista de lo cual advertimos una diferencia sensible entre el tenor literal de la norma definitivamente aprobada y el de la prevista en el Proyecto de julio de 2020 / Anteproyecto de junio de 2018, en el sentido de que, aunque en todas ellas la idea es sustancialmente la misma, la redacción prevista inicialmente era menos clara, porque parecía hacer depender la exigencia de autorización judicial de la naturaleza del acto que se tratara de realizar, y porque mezclaba las nociones de «autorización de la representación» y de «acreditación de la representación». La redacción definitiva y actualmente vigente de ese párrafo, en cambio, viene a afirmar con mayor rotundidad el requerimiento de autorización judicial, requerimiento que además, según resulta claramente de su letra, no depende de la naturaleza del acto a realizar sino que es de alcance general, esto es siempre que el guardador vaya a actuar con función representativa.

Idea, ésta, que se refuerza atendiendo a las consideraciones manifestadas al respecto por el legislador en los Preámbulos correspondientes. Pues aquí tenemos que el Preámbulo de la Ley 8/2021 finalmente aprobada dice (III) que, «*Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc (…)*»; tenemos que el del Proyecto de 25 de marzo de 2021 era igual en este punto al que acabamos de transcribir; tenemos que el del Proyecto de 17 de julio de 2020 decía (III) que «*Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc (…)*»; y tenemos que el del Anteproyecto de junio de 2018 era literalmente igual a este último. A la vista de lo cual, destacan dos

[230] Aunque entonces figuraba como párrafo segundo del artículo 263. La razón del cambio es que el actual artículo 263 recoge sólo lo que entonces era el párrafo primero de aquél, al tiempo que los párrafos segundo y tercero del entonces artículo 263 pasan al artículo 264 actual como párrafos primero y segundo.

[231] Este precepto también llevaba el número 263.

[232] Aunque entonces figuraba como párrafo segundo del artículo 261.

cosas. Una: que, tal como hemos visto ocurría con la letra del precepto, también los Preámbulos del Proyecto de julio de 2020 y del Anteproyecto de junio de 2018 mezclaban las nociones de «autorización de la representación» y de «acreditación de la representación», mientras que el Preámbulo de la Ley definitivamente aprobada es más claro en este sentido. Y otra: que, por su generalidad, esas palabras del legislador, tanto del Preámbulo de la Ley 8/2021 como de los Proyectos de marzo de 2021 o julio de 2020, o del Anteproyecto de junio de 2018, van referidas propiamente a la norma contenida en el párrafo primero del actual artículo 264 CC y en sus correlativos en los Proyectos dichos, no a la norma contenida en el párrafo segundo del actual artículo 264 y sus correlativos en esos Proyectos, lo que permite concluir sin lugar a dudas que el requerimiento general de autorización judicial para los casos en que el guardador de hecho intervenga con función representativa ha sido una exigencia que el legislador ha establecido con plena consciencia.

Pasamos entonces al párrafo segundo del artículo 264 CC. Este párrafo, en su redacción finalmente aprobada –la hoy vigente– dispone que, «*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287*»; el párrafo correlativo del Proyecto de marzo de 2021 era igual al que acabamos de transcribir[233]; el correlativo del Proyecto de julio de 2020[234] decía que, «*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial a través del proceso indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos que impliquen actos de trascendencia personal, a salvo lo dispuesto en materia de internamiento (…)*»; y el correlativo del Anteproyecto de junio de 2018, por último, decía que «*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial por el proceso indicado en el párrafo anterior, para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando ésta no pueda prestarlo*»[235]. Analizado lo cual desde el punto de vista que ahora interesa advertimos que, sin perjuicio de algunos cambios en su tenor literal, en todos esos párrafos hay coincidencia en cuanto a requerir autorización judicial para realizar los actos particulares referidos en ellos (no importa

[233] Aunque entonces figuraba como párrafo tercero del artículo 263. La razón del cambio es la que se ha apuntado en la nota 230.

[234] Aunque entonces figuraba como párrafo tercero del artículo 263. La razón del cambio es la que se ha apuntado en la nota 230.

[235] Entonces figuraba como párrafo cuarto del artículo 261.

aquí que los actos a que tales párrafos hacen referencia no sean exactamente iguales[236]), pero con la diferencia, con respecto al párrafo primero del artículo 264 CC, de que al requerimiento de autorización del párrafo segundo no hace referencia el legislador en los Preámbulos antes dichos –ni en el de la definitiva Ley 8/2021, ni en el del Proyecto de marzo de 2021, ni en el del Proyecto de julio de 2020, ni en el del Anteproyecto de junio de 2018–, lo que nos deja huérfanos de explicación al respecto, que es precisamente lo que en este punto más nos interesa.

Y así, volvemos al punto de partida: ¿qué sentido tiene la exigencia añadida de autorización judicial a que hace referencia el párrafo segundo del artículo 264 en relación con determinados actos, si el requerimiento de autorización del párrafo primero de ese mismo precepto es de alcance general?

Visto que ni los antecedentes legislativos del precepto ni las consideraciones hechas por el legislador en sus Preámbulos resultan esclarecedores, intentaremos encontrar respuesta a ello analizando el caso de la otra medida legal y estable de apoyo que existe hoy en nuestro Derecho –la curatela–, por si nos puede proporcionar luz. Para lo cual hemos de atender a los artículos 269 y 287 CC, de los que resulta que el régimen aplicable a la misma a este respecto se concreta en lo siguiente: que, cuando sea necesaria representación de la persona con discapacidad, el Juez, en su resolución de constitución de la curatela determinará de manera precisa los actos en que el curador habrá de asumir tal función[237], pero que sin perjuicio de ello el curador necesitará además autorización judicial para realizar en nombre de la persona con discapacidad los actos para los que en la resolución judicial haya requerido al Juez tal autorización, y en todo caso para los relacionados en el artículo 287 CC. Lo que significa que en este caso hay en la curatela un conferimiento anticipado de función representativa al curador –desde que esa curatela se constituye, no concomitante con cada acto cuya realización se plantee como necesaria[238]–, pero que ésa es una resolución sobre la procedencia de representación formulada en abstracto, no sobre la realización actual y efectiva, por parte

[236] En todo caso, aunque la índole de esos concretos actos no sea dato especialmente relevante al efecto que aquí estamos considerando, tiene razón Díaz Pardo (2022, p. 320) cuando destaca que la remisión del artículo 264, párrafo segundo, del Código civil, al artículo 287 del mismo, es una novedad de última hora de la Ley 8/2021, ya que no existía en los Proyectos previos.

[237] Hacerlo de este modo es imperativo, en razón de los principios que el artículo 249 CC establece en orden a la provisión de medidas de apoyo.

[238] Esto se explica por cuanto el Juez establece la curatela previa constatación de las circunstancias que la hacen precisa, lo que posibilita que al tiempo de constituirla ya conozca que en relación con determinados actos la persona con discapacidad previsiblemente va a requerir representación.

del curador, de un acto concreto en representación del curatelado. Esta distinción es fundamental, porque es la que hace que en relación con la curatela tenga sentido la doble instancia apuntada: primero –artículo 269 CC–, resolución judicial determinante en abstracto de la función representativa que el curador habrá de asumir en caso de que sea necesario realizar determinados actos, y luego –artículo 287 CC–, autorización judicial para la realización actual y efectiva, por parte del curador, de los actos concretos relacionados en la resolución constitutiva de la curatela y en todo caso de los relacionados en este artículo[239]. Adviértase, en este sentido, que incluso los términos de esos dos preceptos patentizan que estamos ante cosas distintas: el artículo 269 CC habla de *resolución* motivada en la que el Juez *determina* los actos en que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, mientras que el artículo 287 habla de *autorización judicial* para la realización de actos.

Eso es así en la curatela. En la guarda de hecho, sin embargo, esa doble instancia no es posible. No lo es, porque en ésta no hay un «conferimiento anticipado» de función representativa al guardador[240], lo que se debe a que la guarda es medida de apoyo que procede por vía de hecho, al margen de procedimiento judicial. Por eso el guardador ha de solicitar y obtener autorización judicial para cada acto que vaya a realizar en representación de la persona guardada[241]: porque el Juez debe en primer lugar verificar que la persona de cuyo interés se trata carece efectivamente en ese momento de discernimiento suficiente para entender y querer por sí misma el acto objeto del expediente[242], y porque debe además verificar que

---

[239] La determinación de actos que hace la resolución judicial que constituye la curatela tiene, pues, una doble operatividad: por un lado, señala cuáles son los actos atinentes a intereses de la persona con discapacidad en los que hay que proceder por representación –actos que luego, en caso de que se vayan a realizar efectivamente, requerirán además autorización del Juez–, y por otro lado apunta también, aunque de modo reflejo, que para los actos no incluidos en esa resolución no cabe en principio plantear actuación representativa por parte de la persona de apoyo.

[240] Cabanas Trejo, en https://www.notariosyregistradores.com, *sub* IV.3.a).

[241] Este es uno de los rasgos propios de la nueva regulación de la guarda de hecho. Así lo apuntaba ya Pau Pedrón en relación con los trabajos preparatorios de lo que luego llegaría a ser la Ley 8/2021 –en concreto, en relación con el Anteproyecto de junio de 2018–: «Se prevé la posibilidad –decía– de que el guardador de hecho pueda realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas, sin necesidad de que haya tenido lugar un previo procedimiento judicial de determinación de apoyos»; cuando hayan de realizar un acto jurídico en su nombre, seguía diciendo, «no será necesario un procedimiento judicial de prestación de apoyos –lo que hasta ahora se ha venido llamando, aunque con distinto alcance, un procedimiento de incapacitación–, sino que bastará con que el Juez otorgue una autorización concreta para el acto de que se trate» (RDC. 2018, vol. V, núm. 3, p. 19).

[242] *Vid.* El artículo 52.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que dice que el Juez, antes de decidir, «*podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de [la persona con discapacidad]*». Que esto ha de ser comprobado por el Juez en este expediente

quien pretende realizar tal acto en calidad de «apoyo representativo» es efectivamente en ese momento guardador de hecho de esa persona[243]. Esto explica que la intervención judicial se concentre necesariamente en el momento de autorizar (o no) la actuación representativa solicitada por el guardador (párrafo primero del artículo 264 CC), y que además haya de ser puntual para ese acto (autorización *ad hoc*, dice el Preámbulo de la Ley). Pero, siendo así, ¿qué sentido tiene entonces el requerimiento de autorización judicial que acto seguido –en su párrafo segundo– añade ese mismo artículo 264 en relación con determinados actos? Pues, en pura lógica, ninguno: dado que para poder el guardador actuar en representación de la persona guardada se le exige con carácter general autorización judicial, requerir una autorización más cuando el acto en cuestión es uno de los comprendidos en el artículo 287 CC resulta redundante e innecesario[244]. A nuestro entender, la contenida en el párrafo segundo del artículo 264 CC es norma que el legislador ha establecido movido por la idea de lograr un paralelismo entre el régimen dispuesto para la curatela y el de la guarda de hecho, sin advertir que las diferencias que existen entre aquélla y ésta lo privan de sentido[245]. Porque –volvemos a insistir en ello–, dado que para actuar en representación de la persona guardada el guardador requiere siempre autorización judicial, que además en principio ha de pedir de modo particular para cada acto, requerir otra autorización cuando se trata de realizar alguno de los elencados en el artículo 287 CC es reiterativo e inútil. En el tráfico jurídico debe bastar con que el guardador solicite y obtenga una sola autorización judicial –claramente referida, esto sí, al acto que se pretenda realizar–.

Sentado lo anterior, procede entonces analizar lo dispuesto en el último inciso del párrafo primero del artículo 264 CC, que dice que «*La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo*». ¿Qué significa esto? En un primer momento podría pensarse que tal disposición ampara una «guarda dotada de representatividad amplia o

lo admiten también Leciñena (2021, p. 660) y García Rubio (2022, p. 234), a pesar de que su postura global en este punto sea la que nosotros estamos criticando.

243 Lo cual conlleva, por otra parte, que el expediente de que estamos hablando no sea en este caso tan simple y expeditivo como a veces se pretende.

244 Así lo entiende también Ruiz-Rico, 2022, p. 277, nota 9. Y también en principio Marín Calero (2022, p. 232), aunque este último, en relación con un supuesto concreto, sí lo encuentra necesario: valoramos ese supuesto en el párrafo siguiente del texto.

245 Tal inadvertencia cabe quizá apreciarla también en la Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, p. 5. Y también en Cabanas Trejo, en https://www.notariosyregistradores.com, *sub* IV.3.a), y en Guilarte Martín-Calero, 2021, p. 792.

general»[246], pero ésta es una idea que hay que desechar[247], porque supone abrir la puerta a una hipótesis difícilmente conciliable tanto con los presupuestos del sistema actual, en el que el apoyo representativo se plantea como algo excepcional, como con la propia índole de la guarda, que es apoyo de hecho, desempeñado de forma espontánea y voluntaria pero sin obligación legal de hacerlo. Su significado, por tanto, ha de ser otro. Pero ¿cuál?

Considerar la cuestión desde un punto de vista cuantitativo no es útil para responder a esta pregunta, porque, al referirse ese inciso a «uno o varios actos», comprende todas las posibilidades. Y tampoco es útil considerarla desde un punto de vista cualitativo, porque al no discriminar la norma entre tipos de actos –*v. gr.*, personales o patrimoniales, de administración o de disposición–, los puede comprender todos[248]. ¿Cuál, entonces, es el entendimiento correcto de este inciso? No hay, en el Preámbulo de la Ley, alusión ninguna al mismo que facilite su inteligencia.

Desde luego, parece perfectamente atendible considerar que ese inciso permite que no haya de solicitarse autorización judicial en relación con cada acto considerado de forma rigurosamente individual sino que una misma autorización baste para realizar, además del acto o contrato principal cuya realización se pretende, también los actos instrumentales, previos, consecuenciales o conexos que acompañen naturalmente al mismo[249].

Circunscrito a eso el entendimiento de este inciso, ahora bien, es evidente que la actuación del guardador resulta menos ágil que la del curador. Esta es, precisamente, una de las razones por las que es frecuente que los tribunales procedan a sustituir la guarda de hecho existente por una curatela, cuando el apoyo representativo que se requiere es de carácter continuado y alcance más o menos general: facilitar la prestación del mismo sin tener que pedir autorizaciones

---

[246] Esta posibilidad la admite Marín Calero (2022, p. 232) –éste es el supuesto al que hemos hecho alusión en la nota 244–, considerando que es él al que propiamente hace referencia la autorización de que habla el párrafo segundo del artículo 264 CC. No creemos nosotros, sin embargo, que éste sea el entendimiento correcto de esta norma, sino el que apuntamos a continuación en el texto.

[247] Así también Leciñena, 2021, p. 663; y Díaz Pardo, 2022, p. 319.

[248] El Anteproyecto de Ley de junio de 2018 –artículo 261, párrafo tercero–, sin embargo, sí distinguía: «*La autorización judicial* –decía– *podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo*». Pero esta distinción de actos acabó desapareciendo durante los trabajos de elaboración de la Ley 8/2021.

[249] Ejemplo de esto, apunta Guilarte Martín-Calero, es «la disposición de un bien inmueble [perteneciente a la persona con discapacidad] para adquirir otro adaptado a la discapacidad y hacer los gastos extraordinarios que exigen las condiciones de habitabilidad y, si fuere necesario, tomar dinero a préstamo» (2021, p. 788, nota 1036).

judiciales continuadas (una para cada acto)[250]. Esta menor agilidad de la guarda de hecho, es verdad, podría tal vez justificarse considerando que se trata de una medida de apoyo cuyo funcionamiento se desenvuelve más alejado del Juez que la curatela, pero, ¿es realmente así?

En la doctrina, un destacado autor presenta el inciso del artículo 264 CC que estamos viendo como norma paralela a la dispuesta para la curatela en el artículo 288 CC, que establece que el Juez puede autorizar al curador la realización «*de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica*»[251]. ¿Es esto posible? Admitirlo hay que reconocer que no es tan simple como en la curatela, ya que en ésta esa autorización discurre sobre la base de una resolución previa en la que el Juez ha determinado los actos en que el curador ha de asumir función representativa, cosa que en caso de guarda de hecho no existe. Pero si, inspirados en los principios que informan el nuevo sistema, se procede con criterio flexible y práctico, pensamos que no existe razón que impida admitir que, pedida autorización judicial por quien acredita ser guardador de hecho de una persona, pueda el Juez resolver el expediente con un Auto en que le conceda autorización para realizar una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica[252]. Este entendimiento de las cosas, de hecho, encaja bien en lo que expresa el artículo 264 CC cuando dice, en caso de guarda de hecho, que «*la autorización podrá comprender unos o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo*». Admitido lo cual se puede además superar la objeción que como hemos dicho lleva frecuentemente a los tribunales a sustituir la guarda por una curatela. En esta cuestión, en todo caso, incide en medida muy importante el modo en

[250] *Vid.* STS 18 de junio de 2024 (RJ 2024/206237); STS 20 de octubre de 2023 (RJ 2023/5967); STS 20 de octubre de 2023 (RJ 2023/5929); STS 23 de enero de 2023 (RJ 2023/2350); SAP Asturias (Sección 6.ª) 25 de junio de 2024 (JUR 2024/302078); SAP Málaga (Secc. 6.ª) 31 de enero de 2024 (JUR 2024/158986); SAP Sevilla (Secc. 2.ª) 26 de enero de 2024 (JUR 2024/232895); SAP Málaga (Secc. 6.ª) 18 de octubre de 2023 (JUR 2024/72034); SAP Pontevedra (Secc. 6.ª) 1 de febrero de 2023 (JUR 2023/149223); AAP Cantabria (Secc. 2.ª) 10 de octubre de 2024 (JUR 2024/ 424596); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.ª) 22 de julio de 2024 (JUR 2024/465604); AAP Alicante (Secc. 6.ª) 12 de julio de 2024 (JUR 2024/299077); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.ª) 11 de julio de 2024 (JUR 2024/465618); AAP Alicante (Secc. 6.ª) 5 de julio de 2024 (JUR 2024/376052); AAP Alicante (Secc. 6.ª) 4 de julio de 2024 (JUR 2024/446784); AAP Zaragoza (Secc. 2.ª) 24 de mayo de 2024 (JUR 2024/287283); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.ª) 4 de marzo de 2024 (2024/376488).

[251] Pau Pedrón, RDC. 2018, vol. V, núm. 3, p. 18.

[252] AAP Guipúzcoa (Secc. 2.ª) 22 de julio de 2024 (JUR 2024/465604); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.ª) 4 de marzo de 2024 (JUR 2024/376488); AAP Alicante (Secc. 6.ª) 12 de enero de 2024 (JUR 2024/376054)– aunque en este último la atención hay que centrarla en el Auto del Juzgado de Primera instancia que se recurría–.

que se regula la actuación del guardador en representación de la persona guardada que no requiere autorización judicial, que vemos en el apartado siguiente.

Llegados aquí queda sólo, para cerrar este apartado, hacer una breve referencia a la partición de herencia (convenida por los herederos) y a la división de cosa común (convenida por los comuneros), operaciones en relación con las cuales el artículo 289 CC dice que el curador representativo no necesitará autorización para realizarlas pero sí aprobación judicial una vez practicadas[253]. Esto, que no es novedad de la Ley 8/2021, se explica por cuanto se trata de actos cuya realización es obligada –versan sobre supuestos de bienes o herencias en común a los que esas personas tienen derecho a poner fin y quieren hacerlo–, de modo que no hay que autorizar la intervención en tales actos de la persona de apoyo (en representación de la persona con discapacidad cotitular del bien o herencia de que se trate) sino solamente controlar que la división o partición realizada se ha hecho bien –en definitiva, se sustituye la autorización judicial, que opera *a priori*, por la aprobación judicial, que opera *a posteriori*–. Esto es claro en relación con la curatela, porque así lo dispone explícitamente el artículo 289 CC, pero ese mismo régimen procede aplicarlo también a la guarda de hecho, por cuanto hay aquí identidad de razón tan clara que proceder por analogía es solución plenamente fundada. Lo que se traduce en considerar que en tales casos el guardador puede intervenir en representación de la persona guardada sin necesidad de contar con autorización judicial previa, pero que una vez acordada la partición o la división debe ésta ser sometida a aprobación judicial[254].

B) La excepción: Casos no necesitados de autorización judicial

Esta previsión, que constituye excepción a la regla que hemos analizado en el apartado anterior, está contemplada en el párrafo tercero del artículo 264 CC, que dice así: «*No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*».

[253] En relación con la partición convencional, dispone lo mismo el artículo 1060, párrafo segundo, CC.

[254] *Vid.* no obstante, lo resuelto en las RRDGSJFP 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324104) y 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324105).

La justificación de esta disposición, fácil de captar desde un punto de vista intuitivo, se encuentra en la índole propia de los actos en relación con los cuales se establece –actos de gestión de necesidades ordinarias o de asuntos del día a día de la persona con discapacidad–, cuya escasa relevancia pide no se someta su realización por parte del guardador a la obtención de autorización judicial, ya que la carga de tramitación y la demora en el tiempo que hacerlo así supondría resultan desproporcionadas a la entidad de aquéllos[255]. Esto no precisa mayor consideración.

La concreción de los actos que entran en el campo de operatividad de esa excepción, sin embargo, sí requiere atención detenida. Veamos porqué, analizando sucesivamente los dos supuestos que comprende.

En primer término, establece la norma que no será necesaria autorización judicial «*cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona*». Se trata de una disposición que tiene su origen en una práctica no prevista en la Ley 39/2006 –de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia– pero surgida al hilo de su aplicación, en particular tras la Resolución de 16 de julio de 2007 del Instituto de Mayores y Servicios sociales[256], que estableció formalmente un modelo con el que permitía al guardador presentar solicitud de inicio de procedimiento para el reconocimiento de la persona con discapacidad guardada como persona en situación de dependencia, siendo así que luego las Comunidades autónomas han seguido esa línea considerando además legitimado al guardador para gestionar la prestación que en su caso se conceda a la persona con discapacidad[257]. Esta previsión del párrafo tercero del artículo 264 CC no hace, pues, sino dar refrendo normativo a esa práctica[258], habilitando explícitamente al guardador para solicitar una prestación económica a favor de la persona con discapacidad sin tener que pedir autorización judicial. Y a ello no parece haya nada que objetar. Lo que ocurre es que la sencillez de ese planteamiento la complica acto seguido la propia norma al condicionar eso a que la prestación de que se trate «*no suponga un cambio significativo en la forma de vida*» de la persona guardada. La complica, porque

---

255 Apunta esta idea, aunque de forma más concisa, el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* –Doc. 1: La guarda de hecho en la Ley 8/21–, publicado en julio de 2023, p. 7.

256 Instituto dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales.

257 *Vid.* artículos 4.2.j) y 28.1 de esa Ley 39/2006. En la doctrina, *vid.* Rivera Alvarez, 2010, pp. 1014-1016; Leciñena, 2015, pp. 69-70; Lescano, 2017, pp. 124-131.

258 Así también Leciñena, 2021, pp. 666-667.

ese condicionamiento puede desactivar la viabilidad de esa excepción, ya que determinar si esa condición se cumple o no es cuestión de valoración que sólo puede ser resuelta de modo firme por un Juez, cuya intervención es precisamente lo que se quiere evitar. ¿Qué justifica ese condicionamiento? No hay en el Preámbulo de la Ley consideración ninguna que arroje luz a esta cuestión, y por nuestra parte no encontramos explicación al mismo: nótese que se trata de solicitar algo beneficioso para la persona con discapacidad[259]. En todo caso, con independencia de lo que nos parezca, eso es lo que resulta de la letra de la norma, sin que sea posible pensar que esa condición va referida a otro supuesto, pues el tenor del precepto es claro y no lo permite, máxime cuando se advierte que tal condicionamiento no existía en el Anteproyecto de junio de 2018[260] sino que aparece como elemento nuevo en el Proyecto de julio de 2020, lo que supone un cambio del legislador en el sentido de introducir esa condición. La práctica, no obstante, hay que decir que, obviando lo dispuesto en ese inciso, continúa admitiendo estas solicitudes sin requerir se acredite que con ello no se va a producir un cambio significativo en la vida de la persona: cabría decir, tal vez, que lo presume.

En segundo término, establece el párrafo tercero del artículo 264 CC que no será necesaria autorización judicial cuando el guardador trate de realizar «*actos jurídicos sobre bienes de [la persona guardada] que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*». Se trata de una norma cuyo supuesto viene delimitado mediante conceptos jurídicos indeterminados. ¿Qué supone ello?

El *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* publicado en julio de 2023 desdobla esta disposición en dos, una atinente a actos relativos al ámbito personal de la persona guardada y otra a actos relativos a su ámbito patrimonial, entendiendo lo siguiente.

Por cuanto hace al ámbito personal, considera el Documento que esa disposición posibilita la actuación representativa del

[259] Torres Costas disiente de esto, considerando que «la tramitación de una prestación pública podría perjudicar en vez de beneficiar a la persona, al ser en muchas ocasiones incompatible con otro tipo de prestaciones o recursos que le pudieran resultar más beneficiosos» (2020, p. 290, nota 667). Por nuestra parte, aun sin negar que en algún caso eso pueda darse, nos parece que se trata de una eventualidad muy poco significativa en orden a justificar el sometimiento general a autorización judicial de toda solicitud de prestación económica a favor de la persona con discapacidad que el guardador pretenda presentar.

[260] En ese Anteproyecto, su artículo 261 decía simplemente así: «*No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad…*».

guardador sin autorización judicial cuando se trata de actos que no tienen especial trascendencia personal o familiar para el guardado, entendiendo por tales los que no suponen cambio sustancial en su modo de vida con arreglo a su trayectoria vital[261].

Por cuanto hace al ámbito patrimonial, considera el Documento que la norma posibilita al guardador realizar sin autorización judicial todos los actos «que no superen el límite de una escasa relevancia económica y no afecten a bienes de especial significado personal o familiar»[262]. Lo que se predica, según el Documento, de «toda actuación relativa a la atención de los ingresos y gastos ordinarios y habituales del guardado, con arreglo a su trayectoria vital», así como de toda actuación relativa «a la atención de gastos no habituales que deriven de la conservación ordinaria de los elementos precisos para atender a sus necesidades ordinarias»[263]. No presenta dificultad –añade el Documento– la categorización como actos de escasa relevancia económica de los gastos y disposiciones finalistas que respondan a cargos habituales en cuenta o contra factura derivados de la atención a necesidades básicas de cuidado personal, habitación, alimentación, vestido o salud; gastos relativos a la conservación ordinaria de su patrimonio; pago de suministros y prestaciones de servicios vitales; o gastos que, sin ser esenciales, sean acordes con sus deseos y preferencias[264]. En cuanto a las disposiciones de efectivo no finalistas –sigue diciendo el Documento–, hay que proceder atendiendo a unos límites cuantitativos de referencia, que habrá que concretar en cada caso en función de las circunstancias, medios y necesidades de cada persona, aunque considerando también, como pauta orientativa, el gasto medio por persona que se publica periódicamente por los organismos oficiales[265].

Por nuestra parte, aunque lo que el Documento propone nos parece muy plausible *de lege ferenda*, pensamos que propiamente no tiene cabida en el párrafo tercero del artículo 264 CC, tal como está formulado. Por un lado, porque en él no tiene encaje posible

---

261 *Documento interpretativo* cit., p. 8.

262 *Documento interpretativo* cit., p. 9.

263 *Documento interpretativo* cit., p. 9.

264 *Documento interpretativo* cit., p. 9.

265 *Documento interpretativo* cit., p. 9. Desde diversos sectores se ha sostenido la conveniencia de fijar una cifra en este sentido: así, *v. gr.*, el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 17 de octubre de 2018, que en su punto 5.9 dice que «la expresión escasa relevancia económica… podría pecar de excesiva indeterminación, considerándose oportuno fijar una cuantía de 400 € para actos puntuales o un límite anual, referido a un sistema objetivo vinculado al salario mínimo interprofesional o a cualquier otro índice». En relación con la determinación del gasto medio por persona, el *Documento interpretativo* cit. apunta a lo que resulte del índice que publica el Instituto Nacional de Estadística al vencimiento del primer semestre del año siguiente.

la consideración atinente a actos de carácter personal que el Documento hace, ya que todos los contemplados en ese párrafo son actos o actuaciones de carácter patrimonial: es así, porque la circunstancia de que «*carezcan de especial significado personal o familiar*» va referida a «*actos jurídicos sobre bienes*»[266]. Y por otro lado, porque en relación con actos de índole patrimonial ese párrafo no resulta idóneo en el sentido pretendido por el *Documento*, lo que se debe a que el tenor literal del párrafo alterna de forma no plenamente atinada entre el tono casuístico de su inciso primero, propio de normas que proceden a través de una relación de supuestos pero que carece de sentido si, como ésta hace, contempla un solo supuesto –solicitud de prestación económica–, y el tono abstracto de su inciso segundo –actos jurídicos sobre bienes–, propio de normas jurídicas generales pero al que da una formulación demasiado cerrada.

Tal como está redactado hoy el párrafo tercero del artículo 264 CC, en efecto, el guardador sólo puede realizar sin autorización judicial actos sobre bienes de la persona guardada, y siempre que esos bienes cumplan además el doble requisito de tener escasa relevancia económica y carecer de especial significado personal o familiar para ésta. La norma resulta, pues, demasiado estrecha, dejando fuera supuestos en relación con los cuales no tiene sentido exigir autorización judicial. Convendría por ello, creemos, darle una formulación nueva en la que, guiados por la idea de reducir la judicialización de la vida de las personas con discapacidad –ésta es parte de la filosofía que inspira la Ley 8/2021[267]–, se establezcan en debidos términos las posibilidades de actuar el guardador sin necesidad de autorización judicial, ya porque se trate de actos de carácter ordinario y escasa

[266] En el párrafo tercero del artículo 264 CC, en efecto, no hay referencia ninguna a actos de contenido personal, a pesar de que en caso de personas con discapacidad estos actos suelen tener una frecuencia extraordinaria, y de que el Preámbulo (III) de la Ley 8/2021 dice que el nuevo sistema da valor preponderante a lo personal: «A diferencia de lo que hacían los Códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de ésta, la nueva regulación –dice– trata de atender no sólo a los asuntos de naturaleza patrimonial sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria –domicilio, salud, comunicaciones, etc–».

[267] Aunque refiriéndose en particular al límite de la «escasa relevancia económica», el *Documento interpretativo* ya varias veces citado expresa muy bien la idea apuntada en el texto diciendo (p. 8) que «la interpretación sistemática del conjunto normativo conduce necesariamente a un enfoque amplio sobre dicho límite, ya que, de otra manera, un enfoque restrictivo dejaría un exiguo margen de actuación al guardador, en franca contradicción con los principios generales de la reforma. / No puede perderse de vista –añade– que la ley vigente ha hecho de la guarda la primera alternativa al apoyo judicial en defecto de apoyos voluntarios… Una interpretación que condujera a judicializar toda actuación ordinaria y natural del guardador vulneraría abiertamente dicho principio».

relevancia, ya porque así se estime procedente por razones de conveniencia, y eso además tanto en relación con asuntos de índole patrimonial como de carácter personal. Para lo cual conviene, como hemos dicho, una norma nueva que así lo establezca de forma clara[268]. Nuestra propuesta de formulación de esa nueva norma es la siguiente.

En relación con actos atinentes a intereses de índole personal o familiar, tomaríamos como punto de partida lo dispuesto en el artículo 287.1.º CC, que establece que cuando en razón de su discapacidad la persona no pueda hacerlo por sí misma ni siquiera con apoyo, el guardador no precisará autorización judicial para realizar actos que no sean de especial trascendencia. Éste, es verdad, es un concepto jurídico indeterminado, pero nos parece sería adecuado comenzar con él para a continuación seguir con una relación ejemplificativa de los casos de este tipo más habituales, entre los cuales estarían la solicitud de reconocimiento de dependencia[269] y la autorización de viajes del guardado[270], quedando en manos de la jurisprudencia acabar decantando la cuestión para otros casos[271]. El cambio de residencia habitual[272] y los actos relativos al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen[273], naturalmente, han de considerarse de especial trascendencia. Y sería oportuno además, siguiendo el tenor del artículo 287.1.º CC, dejar a salvo en la nueva norma lo dispuesto legalmente en materia de

---

268 Resolver la cuestión a través de una lectura *a contrario* de lo dispuesto en el artículo 287 CC no es tan fácil, pues el párrafo tercero del artículo 264 CC es norma dictada específicamente para la guarda de hecho.

269 Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: artículos 4.2.j) y 28.1.

270 Marín Calero, 2022, p. 233.

271 Teniendo siempre presente, claro es, que el personal es un ámbito muy particular en el que debe procurarse con especial cuidado mantener la autonomía de la persona, restringiendo al máximo la posibilidad de representación. A este respecto, el artículo 261, párrafo cuarto, del Anteproyecto de 2018 –luego modificado durante la tramitación de la Ley– mostraba un criterio claro –riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona con discapacidad–, que pensamos puede ser orientativo en este sentido: «*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial por el proceso indicado en el párrafo anterior, para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo*». Así también Rivera Alvarez, 2021, p. 187, quien además, en pp. 188-200 –aunque con respecto al régimen previo a la Ley 8/2021–, ofrece un interesante panorama de actos atinentes a intereses personales.

272 *Documento interpretativo* cit., p. 8.

273 *Vid.* Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, cuyo artículo 3 establece lo siguiente: «*Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. / Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez*».

internamiento[274], de consentimiento informado en el ámbito de la salud[275], o en otras leyes especiales.

En relación con actos atinentes al ámbito patrimonial empezaríamos con la disposición general contenida hoy en el párrafo tercero del artículo 264 CC, que establece que no es necesaria autorización judicial cuando se trate de realizar por el guardador actos jurídicos sobre bienes o intereses de la persona guardada que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar[276], y luego continuaríamos con una relación

---

[274] Sobre esto, *vid.* el artículo 763 LEC. En la doctrina, Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 795-800. Antes de la Ley 8/2021, *vid.* Leciñena, 2015, pp. 102-113; Lescano, 2017, pp. 140-144; Rivera Alvarez, 2021, pp. 196-197. Dentro de este supuesto se incluye el internamiento de la persona con discapacidad en un centro de educación o formación especial: *vid.* artículo 271.1.º CC, en su redacción anterior a la Ley 8/2021, y Sancho Gargallo, 2000, p. 185.

[275] Sobre esto, *vid.* STS 23 de enero de 2023 (RJ 2023/2350); Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 800-803; y Leciñena, 2021, pp. 664-665. Antes de la Ley 8/2021, Pérez De Ontiveros, *en Revista de Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 359-361; Leciñena, 2015, pp. 89-102; Lescano, 2017, pp. 108-113.

En tema de información sobre la salud, la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en su artículo 5.1 que «*1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. / 2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal. / 3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*». No se menciona en este precepto, por tanto, al guardador, pero en la doctrina es extendida la idea de considerarlo incluido entre las personas vinculadas al paciente por razón de hecho (Leciñena, 2015, pp. 89-95; Lescano, 2017, pp. 110 ss.).

En cuanto a prestación de consentimiento, la Ley 41/2002, tras su reforma por la Ley 26/2015, establece en su artículo 9 –bajo la rúbrica «Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación»–, que «*(…) 3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. / (…) / 6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad*. (…)». En la doctrina hay voces que critican que el precepto hable de representación, porque ésta, según suele decirse, no cabe en los actos personalísimos (como es éste), sugiriendo que se trata de una facultad que la ley concede a ciertas personas para así posibilitarles el cumplimiento de los deberes que son propios de la relación entre parientes y allegados (Fábrega, 2006, p. 63; Leciñena, 2015, p. 97, nota 62).

[276] Por ser más amplio que «bienes», pensamos que quizá sea preferible el término «intereses».

–no cerrada– con los supuestos más usuales de este tipo: en este sentido pensamos que sería útil proceder sirviéndonos, con una lectura *a contrario*, de lo dispuesto en el artículo 287 CC, de tal modo que se estableciera que la persona de apoyo representativo no requiere autorización judicial para proceder a la venta de derechos de suscripción preferente de acciones de la persona con discapacidad, ni para enajenar o gravar valores cotizados en mercados oficiales, ni para dar en arrendamiento bienes inmuebles por término inicial que no exceda de seis años[277]; ni para realizar actos de disposición a título gratuito de bienes que sean de escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar[278]; ni para renunciar derechos, transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a intereses de escasa relevancia económica, o someterse a arbitraje de consumo[279]; ni para aceptar herencias a beneficio de inventario[280] –aquí creemos que habría que incluir también aceptar legados y donaciones puras y simples–[281], interponer demanda en asuntos urgentes o de escasa cuantía, o instar la revisión de la resolución judicial en que previamente se hayan determinado los apoyos[282]. Y terminaríamos la relación con una remisión abierta a lo eventualmente dispuesto en leyes extracodiciales –recuérdese que en ellas están contemplados supuestos tales como la constitución de patrimonio protegido[283] o la solicitud a organismos públicos de información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones por la persona de apoyo[284]–.

---

277 Artículo 287.2.º CC. Sobre éste, *vid.* Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 803-806. En caso de valores, aunque cotizar en mercados oficiales asegura que el precio que se obtenga se ajuste a la realidad, eso no quita que se trata de operaciones que pueden tener importante relevancia económica: por ello hemos apuntado antes que en la redacción que se dé a la nueva norma no se deberían considerar sólo actos «de escasa relevancia económica» sino también actos en que incidan «razones de urgencia o de conveniencia».

278 Artículo 287.3.º CC.

279 Artículo 287.4.º CC: sobre éste, *vid.* Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 806-809.

280 En general, para concurrir a la formación de inventario hecho por contador-partidor testamentario, las RRDGSJFP 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324104) y 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324105) exigen al guardador de hecho autorización judicial.

281 Artículo 287.5.º CC: sobre éste, *vid.* comentario en Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 809-810.

282 Artículo 287.7.º CC. La previsión de este número coincide con lo dispuesto en el artículo 42.bis.c).1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y en el artículo 761 LEC.

283 Artículo 3 de la Ley 41/2003 (tras su modificación por la Ley 8/2021): «*1. Podrán constituir un patrimonio protegido: a) (…). b) Quienes presten apoyo a las personas con discapacidad*». Sobre esto, antes de la reforma, *vid.* Rivera Alvarez, 2010, pp. 1012-1014; Leciñena, 2015, pp. 70-82; Lescano, 2017, pp. 116-124.

284 Disposición Adicional única de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil: «*1. El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que*

La anterior es la formulación que daríamos a la norma reguladora de los actos del guardador representativo que no requieren autorización judicial. Que sería más amplia que la actual pero en todo caso contenida, pues para todos los demás actos el guardador representativo necesitaría autorización judicial. Y quedarían en todo caso fuera del ámbito de operatividad del apoyo representativo los actos atinentes a derechos de la personalidad o a derechos personalísimos de la persona con discapacidad[285], *v. gr.* esterilizaciones[286], matrimonio[287], reconocimiento de hijos[288], utilización de técnicas de reproducción asistida, ejercicio de la patria potestad,

---

resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho. / 2. (…) / 3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho, estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones». Se trata de una norma cuyo significado y alcance han sido discutidos antes de la Ley 8/2021 (*vid.* Rivera Alvarez, 2010, pp. 997-1022; Leciñena, 2015, pp. 86-89; Lescano, 2017, pp. 137-139), pero que ha adquirido mejor sentido en el nuevo sistema establecido por esa Ley cuando el apoyo tiene carácter representativo, ya que hoy el guardador es medida de apoyo regular, estable y de amplia operatividad (en este caso, *vid.* las consideraciones del *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* –Doc. 1: La guarda de hecho en la Ley 8/21–, publicado en julio de 2023, pp. 12-13). Cuando tiene carácter asistencial, sin embargo, la norma sigue siendo difícil de entender, ya que en tal caso la información sólo debería poder ser solicitada por la propia persona con discapacidad –aunque sea con apoyo del guardador–, o por el guardador pero con base en un mandamiento judicial que se le haga para llevar a efecto el Juez tareas de vigilancia y control de la actuación del guardador, en cuyo caso lo determinante es el mandamiento judicial.

[285] Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 796-797; Pérez De Ontiveros, *en Revista de Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 351 ss. Hay casos cuyos límites son difíciles de precisar *a priori*, como el secreto de las comunicaciones: sobre esto, *vid.* Rivera Alvarez, 2021, pp. 190-191.

[286] Artículo 156 del Código Penal, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre: «*…, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que… el otorgante… carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales*». Anteriormente el criterio era otro. Así, en su redacción originaria (Ley Orgánica 10/1995) se añadía al anterior un párrafo segundo que decía así: «*Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz*». Hoy no existe tal previsión.

[287] Así es, desde luego, en relación con la celebración de matrimonio. Llamativamente, sin embargo, no parece considerarse hoy así la decisión de separarse o divorciarse, de tal modo que, reconduciéndolo al artículo 287.7.º CC, se permite a la persona de apoyo tomar esa decisión por la persona con discapacidad (*vid.* Pérez De Ontiveros, *en Revista de Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 351-352; y Rivera Alvarez, 2021, p. 198). Es acto personalísimo, y por tanto no susceptible de representación –dice Rivera Alvarez, 2021, p. 189–, la reconciliación conyugal (artículo 84 CC).

[288] Así creemos hay que entender lo dispuesto en el artículo 121 CC, en la redacción dada al mismo por la Ley 8/2021. Esto es, referido sólo a medidas de apoyo de carácter asistencial, no representativo.

u otorgamiento de testamento[289]: en relación con éstos, pues, no es una cuestión de autorización judicial.

Dicho lo cual, cerramos este apartado recordando que la determinación de cuándo un caso es subsumible en los supuestos en que el guardador puede actuar en representación de la persona con discapacidad guardada sin contar con autorización judicial, es cosa que hay que concretar *super casum*. Y que, cuando el acto que el guardador pretenda realizar no encaje en las previsiones legales en ese sentido, será necesaria autorización judicial: no se olvide el carácter excepcional de tales supuestos[290].

3. IMPUGNACIÓN DE ACTOS Y NEGOCIOS REALIZADOS SOBRE INTERESES DE PERSONA CON DISCAPACIDAD QUE PRECISA APOYO REPRESENTATIVO, CUANDO EN SU REALIZACIÓN ADOLECEN DE ALGÚN DEFECTO

Sentado lo anterior, toca ahora analizar lo relativo a la invalidez, ineficacia o impugnabilidad de los actos y negocios que se realicen sobre bienes e intereses de los que es titular persona con discapacidad tan severa que hace preciso que intervenga en la vida jurídica a través de un «apoyo representativo», cuando esos actos o negocios adolecen de algún defecto. Y es necesario analizar este asunto con detenimiento, porque, aunque las cuestiones que se suscitan al respecto son numerosas, la Ley 8/2021 no ha dispuesto una regulación que dé a las mismas una respuesta clara.

Para desarrollar el tema, vamos a tratar separadamente los varios supuestos que cabe distinguir aquí, que son los siguientes: actos y negocios realizados directamente por la persona con discapacidad, no obstante su situación; actos y negocios realizados por el guardador en representación de la persona con discapacidad pero sin autorización judicial, cuando ésta necesaria; actos y negocios llevados a cabo por el guardador representativo sin autorización judicial, cuando ésta no es necesaria pero con su realización se causa lesión económica a la persona discapaz representada; y actos y negocios realizados por el guardador representativo con

[289] Es también acto personalísimo, dice Rivera Alvarez, la remisión de las causas de indignidad sucesoria (2021, p. 189).

[290] Así también Leciñena, 2021, pp. 663-664. No nos parece por ello correcta la idea apuntada por Díaz Pardo cuando dice que «el listado del artículo 287 interpretamos que funciona como límite a lo que el guardador de hecho puede decidir por sí mismo, sin pedir representación ni autorización judicial para llevarlo a cabo» (2022, p. 322). Pues lo único que el guardador puede hacer en representación de la persona guardada sin autorización judicial es lo que con carácter excepcional permite la norma.

autorización judicial, pero cuyos efectos resultan perjudiciales para los intereses de la persona con discapacidad.

3.1 **Actos y negocios realizados directamente por la persona con discapacidad**

Si procedemos a una consideración meramente intuitiva de este supuesto, sin duda encontraremos en la doctrina coincidencia general en que tales actos y negocios no pueden ser estimados válidos y atendibles en Derecho. Lo que se explica porque, aunque todas las personas tengan igual capacidad jurídica, no es posible cerrar los ojos al hecho de que no todas pueden ejercitar esa capacidad por sí mismas, cuando su discapacidad es tan severa que les impide entender el significado de las cosas y tener una voluntad racional y libre al respecto. En esto no hay discusión.

No encontraremos igual consenso, sin embargo, si preguntamos por cuál es el concreto régimen de impugnación aplicable en caso de que la persona en cuestión, no obstante lo dicho, realice efectivamente tales actos o negocios, habiendo quienes sostienen que se trata de un caso de nulidad y quienes consideran que lo procedente es hablar de anulabilidad[291].

Se trata de un supuesto que es poco probable se dé en la práctica –porque la otra parte o el Notario seguramente se abstendrán de participar en el negocio o de autorizar la escritura en que se pretenda instrumentar–, pero que en todo caso es posible. ¿Cuál es la acción procedente en este caso para impugnar lo hecho? A nuestro entender, la de anulabilidad. Pues aunque en un primer momento pueda pensarse que lo es la de nulidad radical o absoluta, porque esa persona adolece de una falta de discernimiento tan grave que su voluntad no puede considerarse jurídicamente como tal, esta idea se desvirtúa considerando que nulidad y anulabilidad son regímenes de invalidez que se distinguen entre sí fundamentalmente por consideraciones funcionales o de finalidad –la nulidad atiende más a tutelar intereses públicos, la anulabilidad a proteger intereses privados[292]–, y que en este supuesto el régimen que encaja más

[291] *Vid.*, por todos, García Rubio, 2022, pp. 625-628; y López Cánovas, 2022, p. 168.

[292] Fundamental en este sentido, Gordillo Cañas, 1986, pp. 249-274. Abundando en la idea, apunta Gordillo que «nuestro Código aparece inspirado en la regulación de la ineficacia de los contratos por criterios prevalentemente funcionales. En efecto… –dice–, la ineficacia del contrato discurre, bajo el rótulo '*de la nulidad de los contratos*', por un régimen que, en general, es el disponible de la anulabilidad (artículos 1300-1314). En él la nulidad sólo aparece como cuña de imperatividad motivada por la ilicitud que la provoca (artículos 1305-1306)» (p. 263). Y añade: «Así trazado el esquema, su justificación no parece difícil. El mundo del contrato es… el mundo de la autonomía privada (artículo 1255). Connatural con su carácter es la anulabilidad como régimen general y típico de la

propiamente es el segundo[293]. A lo que hay que sumar que esa acción es la que mejor conviene para conjugar los distintos intereses aquí en juego, ya que la nulidad conlleva que el acto o contrato pueda ser impugnado, no sólo por la parte afectada de discapacidad sino también por la parte no-discapaz –lo que es contrario al interés de aquélla, que es el aquí prevalente[294]–, y además que pueda ser impugnado sin límite de tiempo –lo que es contrario a la seguridad jurídica y a los intereses tanto de una como de otra parte–.

La acción procedente para impugnar los actos que aquí estamos viendo, por tanto, es la de anulabilidad. Acción que coincide con la que en su momento vimos está dispuesta en el Ordenamiento actual para los actos realizados por persona con discapacidad sin contar con el apoyo que precisa cuando éste es de tipo asistencial, pero que merece aquí una valoración muy diferente, porque en el supuesto de apoyo asistencial dijimos es así hoy *de lege lata* pero que *de lege ferenda* debería ser de rescisión, mientras que en el supuesto que ahora estamos viendo esto último no procede. No procede, porque la situación en un caso y en otro es sustancialmente distinta, lo que se explica por cuanto en caso de apoyo asistencial quien realiza el acto es persona que tiene discapacidad pero que eso no obstante tiene discernimiento y voluntad suficientes que le permiten entenderlo y quererlo de modo racional y libre[295], mientras que en el caso que ahora estamos considerando quien ha

---

ineficacia en el terreno de lo disponible. Ahora bien, también el contrato debe respetar los márgenes legales de la libertad individual; por ello también él puede resultar transido, cuando sea contrario a ley, por la general sanción de nulidad –en principio– de los actos *contra legem*» (p. 263).

293 A este respecto, apunta Gordillo Cañas –en consideraciones no directamente referidas a nuestro caso pero fácilmente aplicables a él– que la tenencia de discernimiento o capacidad natural de entender y querer es sobre todo «requisito de eficacia de la actuación jurídica; en términos precisos –afirma–, más que prohibición de contratación con personas incapaces hay previsión de ineficacia (disponible y relativa) de lo realizado por ellos» (1986, p. 265). Añadiendo en página 266 que «El presupuesto de hecho de la capacidad de obrar es la posibilidad de autogobierno responsable, el ejercicio suficiente de las facultades naturales de entender y querer. [Pero que] Su contraria, la incapacidad, se traduce, no propiamente en la imposibilidad de actuar jurídicamente, sino en la inidoneidad para hacerlo con eficacia definitiva y plena».

294 En este sentido, siguen siendo plenamente atinadas las palabras del Prof. Gordillo –escritas hace ya cuarenta años– cuando dice que «El posible dato… del total defecto de la capacidad natural de entender y de querer no es bastante para sacar el supuesto del ámbito de las ineficacias disponibles, funcionalmente concebidas en interés y protección unilateral de uno de los contratantes, en este caso el contratante incapaz. Nada impide a éste que, una vez en situación de normal capacidad, pueda aportar al contrato lo que ahora obsta a su definitiva eficacia. Nadie como él podrá elegir entre el mantenimiento del acto o su impugnación. Nada más contraproducente, en cambio, que permitir al co-contratante alegar en su beneficio la incapacidad ajena» (1986, p. 265).

295 Aunque, al no haber procedido con el oportuno apoyo, el acto le haya provocado una lesión patrimonial de entidad significativa, siendo esto, como dijimos, lo único que a nuestro juicio debería justificar que el Derecho permita su impugnación.

realizado el acto es persona cuya falta de discernimiento es tan severa que le impide tener tal entendimiento y voluntad.

En cuanto al régimen de la acción de anulabilidad en este caso, enteramente semejante al que quedó expuesto al tratar la cuestión en caso de apoyo asistencial, tenemos lo siguiente.

Legitimados para ejercitarla, según resulta del artículo 1302.3 CC, lo están los siguientes sujetos. En primer lugar la propia persona con discapacidad, siempre que al hacerlo tenga discernimiento suficiente para poder ejercitar por sí misma su capacidad jurídica en este sentido, aunque sea con apoyo asistencial: así hay que entenderlo, aunque no lo diga el precepto[296] (en la práctica, esta hipótesis será inusual que se dé). En segundo lugar los herederos de la persona con discapacidad, por el tiempo que falte hasta completar el plazo de ejercicio de esta acción, en caso de que esa persona muera antes del transcurso del mismo. Y en tercer lugar la persona de apoyo representativo –en nuestro caso, el guardador de hecho–, cuando el otro contratante «*fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta*» (para lo cual se requiere, además, que esa persona de apoyo cuente con autorización judicial)[297].

En relación con la legitimación de la persona de apoyo, hacemos aquí las siguientes consideraciones.

Una, para destacar que si bien en caso de apoyo asistencial dijimos en su momento que atribuir legitimación a la persona de apoyo no tiene sentido[298], sí lo tiene en cambio, y plenamente, en caso de apoyo representativo. Es así porque en este caso la persona con discapacidad, por hipótesis, no puede ejercitar por sí misma

---

[296] Pero así resultaba en cierto modo, sin embargo, del tenor de las normas previstas en el Anteproyecto de 2018 y en el Proyecto de 17 de julio de 2020 (aunque la norma finalmente aprobada en la Ley 8/2021 no lo recogiera).

En el Anteproyecto de 2018, el artículo 1302.3 decía así: «*Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción*».

Y en el Proyecto de 17 de julio de 2020 se disponía lo siguiente: «*Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. / Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal*».

[297] Artículo 287.4.º CC.

[298] *Vid. supra* III.3.3.

esta acción de impugnación (salvo que se dé el caso inusual antes señalado).

Otra, para poner de relieve la dificultad que en este caso puede el guardador tener en la práctica para impugnar con éxito, pues para ello habrá de probar que al realizar ese concreto acto la persona con discapacidad no tenía discernimiento suficiente para realizarlo por sí misma ni siquiera con apoyo asistencial. No bastará, pues, con probar la existencia genérica de una discapacidad: recuérdese que nuestro Ordenamiento actual presupone que toda persona mayor de edad está en situación de ejercitar por sí misma su capacidad jurídica; que la discapacidad no es un estado general sino que ha de ser referida a actos concretos; y además que la discapacidad que precisa de apoyo representativo es un supuesto excepcional.

Y otra, para apuntar que a nuestro juicio carece de sentido en este caso condicionar la legitimación de la persona de apoyo a que al tiempo de celebrarse –por la persona con discapacidad– el acto o contrato que ahora se pretende impugnar, la otra parte tuviera conocimiento de la existencia de medida de apoyo no utilizada o a que se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta. Carece de sentido porque aquí la impugnación se justifica sencillamente porque la persona con discapacidad que ha realizado el acto carece del discernimiento mínimo necesario para ello. No tiene razón de ser, por tanto, supeditarla a ningún otro requisito. La norma debería reformarse en este punto.

La parte no-discapaz del acto o contrato, en cambio, no está legitimada para impugnarlo (art. 1302.4 CC). Tampoco lo está el Ministerio Fiscal[299]. Y el Juez no puede apreciar de oficio la invalidez del acto o contrato de que se trate.

El plazo de ejercicio de esta acción –plazo de caducidad– es de cuatro años, y su *dies a quo* es el de celebración del contrato (art. 1301.4.º CC)[300]. Trascurrido ese plazo, el acto o contrato pasa a ser firme, firmeza que además puede alcanzar antes si la persona con discapacidad confirma válidamente lo hecho –haciéndolo una vez ha desaparecido la discapacidad, o, si ha venido a precisar sólo apoyo asistencial, contando con la asistencia oportuna en ese sentido–, o si lo confirma la persona de apoyo representativo contando, en su caso, con la oportuna autorización judicial[301].

---

[299] Durante los trabajos parlamentarios se consideró atribuir legitimación en este sentido también al Ministerio Fiscal, pero finalmente quedó excluido en la redacción de este precepto aprobada en la Ley 8/2021.

[300] Cambia el *dies a quo*, pues, con respecto al fijado en el sistema anterior, en el que el plazo corría «*desde que* [las personas incapacitadas que hubieran realizado el contrato en cuestión] *salieren de la tutela*» –desde que la persona en cuestión deje de precisar apoyo representativo, diríamos hoy–.

[301] Esa confirmación puede hacerse de forma expresa o tácita: artículo 1311 CC.

En cuanto a los efectos que se derivan en caso de impugnación con éxito del acto o contrato realizado, dispone el Código que las partes han de restituirse recíprocamente la cosa objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses (art. 1303 CC), pero que si el contratante sin discapacidad «*fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta*», la parte con discapacidad ha de restituir la prestación recibida sólo en cuanto se haya enriquecido con ella (art. 1304)[302]. Aunque esta última es una cuestión de política legislativa, hemos de decir que en este supuesto a nosotros nos parece bien que sea así. Sostenemos aquí, por tanto, una postura distinta a la que propugnamos *de lege ferenda* al ocuparnos de la anulación de actos realizados por persona con discapacidad sin contar con el apoyo que precisa cuando éste es de tipo asistencial. Entonces criticamos que los efectos sean distintos en función de que la parte capaz conozca o no la existencia de medida de apoyo no utilizada al tiempo de realizar un acto o contrato con persona con discapacidad, propugnando que deberían ser iguales en ambos casos[303]. En el supuesto que ahora estamos viendo, en cambio, no decimos lo mismo, porque la distinta realidad de la situación en uno y otro caso nos parece que así lo justifica. La severidad de la discapacidad en este caso, además, es natural pensar que habrá hecho evidente a la otra parte la necesaria procedencia de medida de apoyo –en realidad, a nuestro juicio, aquí, más que de conocer la parte sin discapacidad la existencia de medidas de apoyo en relación con la otra parte, lo adecuado sería hablar de conocer su procedencia–.

Como regla, mientras una parte –la parte con discapacidad– no devuelva a la otra lo que le debe, no puede compeler a ésta a que le devuelva lo que a su vez le incumbe (art. 1308 CC). Sin perjuicio de lo cual hay que tener en cuenta aquí también las disposiciones particulares contenidas en los artículos 1307 y 1314 CC. El artículo 1307 establece que, en caso de que la cosa se haya perdido, debe

---

[302] En línea semejante se muestra el artículo 1163 CC en relación con el pago hecho a persona con discapacidad. Esto supone, en consecuencia, que puede tener que devolver menos de lo recibido. Sirviéndonos del ejemplo que tradicionalmente se presentaba en este tema, tenemos que así ocurrirá si lo recibido por la persona con discapacidad es una cantidad de dinero y esa persona ha realizado con él inversiones fallidas o gastos no útiles: en tal caso, puesto que tal cantidad no le ha supuesto enriquecimiento, no viene obligado a devolverla.

[303] Criticamos, entonces, que los efectos fueran distintos, porque en el actual sistema no resulta procedente repercutir en la parte sin discapacidad las consecuencias de la «mala utilización» (inversiones fallidas, gastos no útiles) que la persona con discapacidad pueda hacer de la prestación recibida: recuérdese que el actual Ordenamiento considera que las personas con discapacidad tienen como regla derecho a tomar sus propias decisiones, y por consecuencia que éstas se han de considerar buenas para ellas aunque, vistas desde fuera y con una perspectiva económica, puedan considerarse «erróneas» o «malas».

restituirse el valor de la misma cuando se perdió más los frutos percibidos y los intereses desde entonces. Y el artículo 1314, que cuando la pérdida de la cosa se haya producido por dolo o culpa de la persona legitimada para impugnar el acto o contrato, la acción se extingue salvo que quien haya causado esa pérdida sea persona con discapacidad[304], caso en el que ésta conserva la posibilidad de impugnar si el otro contratante tuvo conocimiento de la existencia –de la procedencia, en nuestra opinión– de medida de apoyo en el momento de contratar o se aprovechó de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta –lo que supone, *a contrario*, que la persona con discapacidad no conserva esa posibilidad si el otro contratante no tuvo tal conocimiento o no se aprovechó de esa situación–.

3.2 **Actos y negocios realizados por el guardador sin autorización judicial, cuando ésta es necesaria**

Se trata de una hipótesis a la que la ley no proporciona respuesta explícita, ni en relación con el caso particular de guarda, ni en relación con las medidas de apoyo legales en general. Alguna respuesta, no obstante, ha de tener tal actuación irregular, que además no será demasiado extraño que acontezca en la realidad. ¿A través de qué acción se articula esa respuesta?

A través de acción de rescisión, no, pues el problema con el que aquí nos encontramos no deriva de un acto realizado regularmente pero cuyos efectos económicos son tan lesivos para una de las partes que resultan inaceptables para el Derecho, sino de un acto que se ha realizado sin cumplir con un requisito exigido por la ley para ello[305]. ¿Cuál, entonces, es la acción procedente?

En el sistema anterior a la Ley 8/2021, en relación con un supuesto semejante –actos realizados por el tutor en representación del tutelado sin autorización judicial, cuando ésta era necesaria[306]–, se valoraron tres posibles soluciones. Una era la nulidad del acto en cuestión, solución que se fundamentaba en que haberse realizado el acto sin autorización judicial es contrario a ley imperativa, y que la sanción aplicable en tal caso, no habiendo otra dispuesta legalmente, es ésa, *ex* artículo 6.3 CC. La segunda solución pasaba por aplicarle lo dispuesto en el artículo 1259 CC,

[304] Así lo establece el precepto, aunque en caso de discapacidad severa como la que en este caso estamos considerando resulte difícil imaginar un proceder doloso o culposo en ese sentido por parte de la persona en cuestión.

[305] Marín Calero, sin embargo, afirma que se trata de actos rescindibles (2022, p. 132).

[306] Artículo 271 CC, en su redacción de entonces.

considerando que se trata de un acto irregular por incompleto[307] pero que se puede completar y perfeccionar si, antes de ser impugnado, se obtiene tal autorización. La tercera solución postulaba la anulabilidad del acto realizado, y se justificaba en que el régimen propio de esta acción es el más conveniente en el caso: *a)* porque la anulabilidad circunscribe la legitimación para impugnar sólo a la parte afectada (la parte con discapacidad), no permitiéndolo a la otra parte o a terceros como sin embargo posibilitan la acción de nulidad y la derivada del artículo 1259 CC; *b)* porque, a diferencia de lo que resulta con la acción de nulidad radical y la del artículo 1259 CC, la anulabilidad somete a plazo la posibilidad de impugnar, lo que conviene a la seguridad jurídica, que es también interés importante aquí; y *c)*, porque la anulabilidad posibilita perfeccionar el acto o contrato realizado si antes de ser impugnado se obtiene la pertinente autorización, cosa que conviene tanto al interés de la parte con discapacidad como al de la parte sin ella, y que la nulidad radical sin embargo no permite.

Aunque todas esas soluciones tuvieron en su momento partidarios en la doctrina y acogida en los tribunales, con el paso del tiempo la posición mayoritaria vino a ser la señalada en último lugar –*i.e.*, acción de anulabilidad–, que alcanzó además refrendo explícito por parte del Tribunal Supremo poco antes de la aprobación de la Ley 8/2021[308]. Esta era, en efecto, la tesis prevalente en los momentos inmediatamente anteriores a esa Ley, y sigue siéndolo hoy tras la aprobación de la misma, aunque el legislador no haya resuelto en ella esta cuestión de forma explícita (cosa que la doctrina le ha criticado) [309]. Por nuestra parte nos sumamos a la tesis de la anulabilidad, y no sólo por la mayor conveniencia de su régimen

[307] Asimilable al realizado por persona que actúa en representación de otra sin contar con poder suficiente para ello.

[308] Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de fecha 10 de enero de 2018 (RJ 2018/156). En ella, tras reseñar las diversas soluciones planteadas al respecto y citar las principales sentencias anteriores habidas en apoyo de una u otra, se señalan como argumentos en que se sustenta su postura, además de los apuntados en el texto, los siguientes: que el representante que celebra contrato sin contar con autorización judicial no infringe una norma imperativa de las contempladas en el artículo 6.3 CC sino que simplemente omite un requisito para la eficacia representativa de sus actos; que el artículo 1301 CC –en su redacción de entonces– considera anulables los contratos celebrados por menores e incapacitados, siendo así que el representante legal otorga el acto por ellos, en su lugar, por lo que el régimen debe ser el mismo; y que el artículo 61 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria hace referencia a los casos en que el representante legal necesita autorización o aprobación judicial *para la validez* de los actos de disposición. A nuestro entender, ahora bien, estos argumentos son de peso menor que los que hemos señalado en el texto, y alguno incluso discutible: por eso los citamos en nota.

[309] Álvarez Lata, 2021, p. 1002; Carrasco Perera, 2021, p. 12; De Salas Murillo, *Diario La Ley*, núm. 9841, mayo de 2021, p. 7; Nieto Alonso, 2022, p. 308; López san Luis, 2022, pp. 90-91. Antes de la ley actual, *vid.* Delgado Echeverría, 2013, pp. 289-290. Así se establece también hoy en el Derecho aragonés: artículo 45-2.1 de su Código, tras su reforma por Ley 3/2024.

para conjugar debidamente todos los intereses en juego sino también porque, siendo tales intereses de naturaleza privada, ésa es la acción más adecuada para su protección[310].

Sentado lo cual, veamos cómo se concreta el régimen de esa acción en nuestro caso.

Por cuanto hace a la legitimación para ejercitarla, el precepto al que hemos de atender es el artículo 1302.3 CC, pues aunque no se refiere a este caso de forma directa, es el que más próximamente se ocupa de ello[311]. De él resulta que legitimada para impugnar está en primer lugar la propia persona con discapacidad –siempre que al hacerlo tenga discernimiento suficiente para poder ejercitar por sí misma su capacidad jurídica en ese sentido, siquiera sea con apoyo asistencial–. En segundo lugar están también legitimados para ejercitar esta acción los herederos de la persona con discapacidad, cuando ésta muera antes de vencer el plazo de ejercicio de la misma sin haberlo hecho. Y en tercer lugar está también legitimada para esta impugnación la persona de apoyo, «*cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el*

Guilarte Martín-Calero, sin embargo, sostiene que estamos aquí ante una exigencia de orden público que responde al mandato que la Convención de Nueva York impone a los Estados de establecer salvaguardas para evitar abusos a las personas con discapacidad, y por tanto ante un caso cuyo tratamiento jurídico adecuado es el de la nulidad radical del acto o contrato realizado sin autorización judicial por la persona de apoyo representativo –en nuestro caso, el guardador– (2021, p. 795 –habla esta autora de «nulidad atemperada por las circunstancias del caso concreto», pero no concreta cuáles sean esas circunstancias, ni en qué se traducen). A nuestro juicio, en ese planteamiento hay un salto lógico sin base, pues una cosa es que el legislador haya de disponer salvaguardas en ese sentido, y otra que esas salvaguardas hayan de pasar necesariamente por decretar la nulidad radical y absoluta de los actos en cuestión. Esto último no es así, ya que hay otro expediente posible para ello –la anulabilidad–, que además, por las razones que apuntamos, resulta más adecuado y conveniente.

310 Álvarez Lata, aunque en principio, como hemos dicho en la nota anterior, se suma a la idea de anulabilidad, luego duda: «dado el cambio de principio rector en la materia –ya no es la protección de la persona con discapacidad–, no es impensable –dice– una vuelta al artículo 1259 CC, o a la esfera de la nulidad de pleno derecho sobre la base del carácter imperativo de la norma» (2021, pp. 1002-1003). García Rubio Varela Castro, que asumen sin ambages que se ha producido tal cambio de criterio rector, no encuentran sin embargo problema para admitir la acción de anulabilidad (2022, pp. 667-668). En realidad, apuntamos nosotros, haya cambiado o no el criterio rector en caso de apoyo representativo –sobre lo cual ya nos hemos pronunciado en varias ocasiones, a las que remitimos–, lo que ocurre es que la clave en este tema está fundamentalmente en el carácter de los intereses en juego, que son privados, no públicos. Esto es lo que determina que la acción procedente en este caso sea la de anulabilidad, tanto si el criterio rector es uno como si es otro.

311 Afirma en este punto Carrasco Perera que la anulabilidad que procede en este caso «no es… la del artículo 1302.3 sino una especie de anulabilidad común implícita en el resto del sistema» (2021, p. 12). Por nuestra parte, aunque convenimos con él en cuanto al fondo de la idea –pues efectivamente pensamos que la acción regulada en los artículos 1301 ss. CC no está pensada propiamente para el caso que aquí estamos viendo–, nos parece que, tomadas esas palabras estrictamente, pueden resultar excesivas, y que el recurso a tales preceptos, adaptándolos en lo necesario, facilita la determinación del régimen de la acción en nuestro caso.

momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta» (contando esa persona de apoyo, naturalmente, con autorización judicial: artículo 287.7.º CC).

Con respecto a la legitimación de la persona de apoyo –en nuestro caso, el guardador de hecho–, ahora bien, se plantean en este caso dos cuestiones: una, determinar quién es la concreta persona de apoyo legitimada; otra, ver qué ocurre con los condicionantes a que la norma supedita el ejercicio de la acción.

En relación con la primera cuestión, caben dos opciones: una, considerar que la persona de apoyo legitimada para ejercitar esta acción puede ser la misma que realizó el acto que ahora se impugna; otra, entender que esta impugnación no puede ser instada por esa misma persona sino que ha de serlo por una persona de apoyo nueva. El Tribunal Supremo parece inclinarse por la primera opción[312]. A nuestro entender, sin embargo, tal planteamiento no es plausible[313]. Por un lado, porque admitir eso supone obviar la doctrina –establecida, precisamente, por la jurisprudencia– que no permite a una persona ir contra sus propios actos[314]. Y por otro lado, porque admitir eso no resulta necesario para posibilitar la impugnación de lo hecho, ya que ello se puede lograr por la vía de sustituir a la persona de apoyo representativo que realizó el acto por una persona de apoyo nueva, cosa que no sólo la ley contempla con normalidad –*vid.* artículos 267 CC, y 42.bis.a) y siguientes y 52 LJV– sino que además en este caso es oportuna. Es oportuna porque, aunque se alegue que un cambio de persona de apoyo puede no ser conveniente, a eso cabe responder haciendo notar que aquella persona de apoyo no ha procedido en su actuación de forma

[312] Aunque anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, traemos aquí la STS 10 de enero de 2018 (RJ 2018/156), que se plantea cuestión semejante con respecto al tutor y que resuelve diciendo que, «… aun cuando es innegable que el ejercicio de los derechos y acciones debe llevarse a cabo conforme al principio de la buena fe, el reproche que en su caso pudiera efectuarse a la tutora que intervino en el contrato [reproche en orden a no permitirle luego impugnarlo] no podrá nunca perjudicar los intereses del tutelado, que no puede quedar privado de la protección que le dispensa el Ordenamiento cuando establece la exigencia de un control judicial».

[313] Aunque sin apuntar razón para ello, niega Carrasco Perera que el guardador responsable («culpable») de la falta de autorización judicial pueda impugnar el acto o contrato (2021, p. 12), lo que, como hemos dicho en la nota 311, le lleva a afirmar que la acción procedente en este caso no es la del artículo 1302.3 del Código civil. Nosotros, conviniendo con él en que la persona de apoyo que realizó el acto no puede luego impugnarlo, disentimos sin embargo en cuanto a la conclusión sobre ese precepto, pues entendemos cabe proceder de modo más matizado, como vemos en el texto.

[314] *Nemo potest venire contra factum proprium*. En el caso resuelto en la STS 10 de enero de 2018 (RJ 2018/156) no se hace mención a la doctrina de los propios actos sino al deber de ejercitar los derechos con arreglo a las exigencias de la buena fe y a la prohibición de abuso del derecho. A nuestro modo de ver, sin embargo, el límite que se acomoda más a este caso es el condensado en la doctrina de los propios actos.

diligente ni atinada, en un doble sentido: primero, porque no se ha informado bien sobre los requerimientos que la ley exige para realizar tales actos –actos que, recuérdese, son los de importancia[315]–; y segundo, porque ha realizado un acto cuyo resultado ha sido malo para la persona con discapacidad representada: repárese en que la razón real que lleva a impugnar el acto no es haber sido hecho sin autorización judicial –nadie impugna por esto– sino haber producido un resultado perjudicial para la persona con discapacidad –si hubiera sido beneficioso para ella, desde luego no se impugnaría–. De donde resulta que mantener a la misma persona de apoyo en su posición y además posibilitarle –confiarle– la impugnación de ese acto o contrato no es lo oportuno[316], sino que lo es sustituirla por una persona de apoyo nueva[317]. No permitir que la misma persona de apoyo impugne tal acto o contrato no es sino un medio para forzar el cambio en este sentido.

La segunda cuestión atañe a los condicionantes a que el párrafo segundo del artículo 1302.3 CC supedita la legitimación de la persona de apoyo: que, en el momento de celebrar el acto o contrato que ahora se pretende impugnar, la parte no-discapaz del mismo fuera conocedora de la existencia de medida de apoyo o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad de la otra parte obteniendo una ventaja injusta. ¿En qué se traduce eso? Para responder, hay que partir de un dato objetivo: que en este caso el conocimiento de la existencia de medida de apoyo es cosa que no faltará nunca por parte del contratante sin discapacidad, ya que quien celebra con él el acto o contrato es la persona de apoyo representativo, que por tanto ha tenido necesariamente que identificarse como tal[318]. Y, siendo así, eso se traduce entonces en que la posibilidad de impugnar queda en este caso asegurada siempre[319], no siendo por consecuencia necesario siquiera entrar a considerar el otro factor al que ese precepto supedita el ejercicio de esta acción –haberse aprovechado la parte sin discapacidad de la situación de

---

315 En sentido semejante, aunque en relación con el sistema anterior, Zurita, 2004, p. 252.

316 *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

317 Además de nombrarse curador o defensor judicial a esa persona con discapacidad (arts. 42.bis.a) ss., y artículo 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria), podría ocurrir también que la misma persona que desempeñaba la guarda desista de ella (artículo 267.3.ºCC), en cuyo caso podría surgir un nuevo guardador, que sí estaría legitimado para tal impugnación –con autorización judicial–.

318 Por otro lado, la exigencia de autorización judicial es cosa cuya ignorancia no puede ser alegada por la parte capaz, al ser requisito establecido en norma de rango legal, cognoscible por todos.

319 Aparte de eso, pensamos que el artículo 1302.3 CC es norma que se refiere propiamente a casos en que quien realiza el acto es la persona con discapacidad, no la persona de apoyo representativo de la misma, de donde se deriva que su aplicación directa aquí no procede, y por tanto tampoco los condicionantes que establece.

discapacidad de la otra parte obteniendo ventaja injusta–, por un lado porque se trata de un factor alternativo al anterior[320], y, dándose siempre el primero, el segundo resulta superfluo; y por otro lado porque no cabe pensar en aprovechamiento de la situación de discapacidad de la otra parte, cuando en representación de ésta ha actuado la persona de apoyo.

Las personas señaladas en los párrafos anteriores son las que están legitimadas para instar la anulación del acto o contrato realizado por la persona de apoyo representativo –en nuestro caso, el guardador–, cuando lo ha hecho sin contar con la autorización judicial legalmente requerida para ello. La parte no-discapaz, en cambio, no está legitimada para impugnarlo (art. 1302.4 CC), y tampoco el Ministerio Fiscal[321], aunque éste sí podrá promover expediente para que se provea nueva persona de apoyo, en sustitución de la existente[322]. Los Jueces, por su parte, no pueden decretar de oficio la invalidez del acto o contrato realizado por la persona de apoyo sin autorización judicial.

En cuanto al plazo de ejercicio de esta acción, aunque no hay en la ley referencia específica al caso que aquí estamos viendo, procediendo por analogía con lo dispuesto en el artículo 1301 CC podemos decir que es de cuatro años, a contar desde el día de celebración del contrato[323].

Finalmente, por cuanto hace a los efectos de la anulación, tenemos que las partes, como regla, han de restituirse recíprocamente la cosa objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses (art. 1303 CC), y que mientras una no devuelva a la otra lo que le debe, no puede compeler a ésta a que le devuelva lo que a su vez le incumbe (art. 1308 CC). En esto no hay duda. Pero luego surgen dos asuntos particulares que requieren atención.

Uno deriva del artículo 1304 CC, que establece que, cuando el contratante capaz «*fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación*», en caso de anulación del contrato la parte con discapacidad ha de restituir la prestación recibida sólo en cuanto se haya enriquecido con ella[324]. Y

---

[320] Nótese la conjunción disyuntiva –«*o*»– que emplea el precepto.

[321] Durante los trabajos parlamentarios, al tratar del artículo 1302 CC, se valoró atribuir legitimación en ese sentido al Ministerio Fiscal, pero finalmente eso se excluyó en la redacción de este precepto aprobada en la Ley 8/2021.

[322] Artículo 42.bis.a) LJV.

[323] Este *dies a quo*, evidentemente, conviene a la seguridad del tráfico más que situarlo en aquel en que la persona salga de la tutela –esto es, el de la extinción de la medida de apoyo representativo–, como hacía la redacción de ese precepto anterior a la Ley 8/2021.

[324] Esto supone que puede tener que devolver menos de lo recibido, por ejemplo si a resultas de ese contrato la persona con discapacidad ha recibido una cantidad de dinero y luego ha realizado con ella inversiones fallidas o gastos no útiles: en tal caso, se dice,

plantea cuestión porque en el caso que ahora estamos considerando la parte capaz, en el momento de celebrar el contrato, forzosamente tiene conocimiento de la existencia de medida de apoyo, como ya se ha dicho. ¿Es aplicable entonces a este caso la previsión de este precepto? Pesamos que no. La razón es que ese precepto se refiere a contratos cuya impugnación procede en razón «*de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas*» al tiempo de celebrarlos, siendo así que ése no es el caso que aquí estamos viendo, pues en él quien realiza el acto o contrato no es la persona con discapacidad sino la persona de apoyo que opera con función representativa de aquélla, lo que significa que no se ha prescindido de tal medida. Lo que ha faltado es autorización judicial, pero ésta no es una medida de apoyo. Resultando entonces que la disposición del artículo 1304 CC no debe considerarse aplicable aquí sino que el efecto de la anulación en este caso es el que como regla se establece en el artículo 1303 CC: que ambas partes han de restituirse en su integridad lo que recibieron en su día en razón del contrato realizado –la cosa y el precio–, más sus frutos e intereses[325]. Lo cual por otra parte es lógico, ya que el artículo 1304 es norma animada por la idea de «sancionar» a quien de algún modo ha tratado de sacar ventaja de la discapacidad de la otra parte, y eso no ocurre en este caso, ya que en él quien ha intervenido es la persona de apoyo, que es persona sin discapacidad[326].

El segundo asunto deriva de la disposición particular contenida en el artículo 1314 CC, que establece que cuando la cosa a restituir se haya perdido por dolo o culpa de la persona legitimada para impugnar el acto o contrato la acción se extingue salvo que quien haya causado esa pérdida sea persona con discapacidad, en cuyo caso ésta conserva la posibilidad de impugnar si el otro contratante tuvo conocimiento de la existencia de medida de apoyo en el momento de contratar o se aprovechó de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta. ¿Es aplicable esta disposición a nuestro caso? Pensamos que no, y la razón es, aquí también, que quien realiza el acto y recibe la cosa no es la propia persona con discapacidad sino la persona de apoyo representativo,

---

puesto que la cantidad dedicada a eso no le ha supuesto enriquecimiento, no viene obligada a devolverla.

[325] Sin perjuicio, claro está, de que la persona con discapacidad o su representante puedan además, si se dan las debidas circunstancias, impugnar las operaciones que con la prestación recibida haya esa persona realizado con terceros (inversiones, gastos…), a fin de deshacer las consecuencias «económicamente inconvenientes» de esos actos. Pero esto es cosa distinta e independiente de aquélla.

[326] La falta de autorización judicial no es imputable a la parte capaz, o al menos no en mayor medida que a la persona de apoyo representativo que realizó el acto o contrato.

lo que justifica que luego no se pueda repercutir en la parte sin discapacidad la pérdida de la cosa por la parte con discapacidad: las reclamaciones que eventualmente se quieran hacer por razón de tal pérdida deberán dirigirse a la persona de apoyo representativo, que no debió dejar la cosa en manos de la persona a la que representaba habida cuenta que la discapacidad tan severa que ésta padece no le permite entender el significado y alcance de sus actos.

3.3 **Actos y negocios realizados por el guardador sin autorización judicial, cuando ésta no es necesaria pero con su realización se causa lesión económica a la persona guardada**

El Código civil, según ya hemos visto, al tratar en su artículo 264 de las actuaciones del guardador en representación de la persona guardada distingue entre aquellas que para poder ser realizadas precisan autorización judicial –las que, dentro de lo excepcional del apoyo representativo, constituyen la regla– y aquellas que –excepción de la excepción– no la precisan. Son, estas últimas, la solicitud de prestación económica a favor de la persona con discapacidad siempre que con ello no se produzca cambio significativo en su forma de vida, y la realización de actos jurídicos sobre bienes de esta persona que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. La explicación de esto, como también se vio en su momento, se encuentra en la propia índole de los actos que se comprenden bajo tal previsión normativa: actos de gestión de necesidades ordinarias o de asuntos del día a día de la persona guardada, cuya escasa relevancia justifica no se someta su realización por parte del guardador a la obtención de autorización judicial.

¿Qué ocurre, ahora bien, si con tales actos se causa lesión económica a la persona con discapacidad? Los pocos casos comprendidos en el ámbito de operatividad de este supuesto y la escasa relevancia económica de los mismos podrían llevarnos a pensar que este apartado carece de justificación. Y en verdad, si la cuestión se considera en términos estrictamente estadísticos o cuantitativos, eso no podría negarse. Otra cosa ocurre, sin embargo, si la cuestión se considera desde un punto de vista de principio, en el que su interés resulta indudable. Esto es lo que explica que nos ocupemos de ella.

En este punto tenemos que, a diferencia de los textos que se utilizaron durante el proceso de reforma de nuestro Derecho en

tema de discapacidad, que sí tenían previsión al respecto[327], la Ley finalmente aprobada no contempla de modo directo la cuestión cuando la persona de apoyo es un guardador de hecho. Sí lo hace, sin embargo, cuando se trata de un curador, disponiendo el artículo 1291 CC que «*Son rescindibles: 1.º– Los contratos que hubieren podido celebrar sin autorización judicial… los curadores con facultades de representación, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos. (…)*». Y, al existir entre esos casos identidad de razón, pensamos que podemos proceder en el nuestro por analogía con lo dispuesto para la curatela[328].

Nos encontramos entonces con que la posibilidad de impugnar los actos o contratos considerados en este apartado se articula por vía de rescisión[329]. Lo que se debe a que la causa de impugnación de los mismos no radica en defectos de índole estructural –desde este punto de vista esos actos o contratos no adolecen de defecto ninguno, ya que han sido realizados por quien, por disposición de ley, tiene la representación de la persona con discapacidad, siendo así además que, también por disposición de ley, para realizarlos no precisa contar con autorización judicial– sino en consideraciones de índole funcional, cifradas en el resultado económico inicuo que esos actos o contratos producen para la persona representada[330].

Esto ha sido criticado por algún autor considerando que, si en nuestro sistema actual la actuación de la persona de apoyo ha de ir guiada por la voluntad, deseos y preferencias de la persona con

---

[327] Artículo 262 del Anteproyecto de 2018: «*Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de ésta no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*» *–ergo*, si no redundaban en su utilidad, sí podían ser impugnados–. Artículo 264 del Proyecto de 2020: «*Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de ésta no podrán ser impugnados si responden a su voluntad, deseos y preferencias*». Igual a este último era el artículo 264 del Proyecto de 2021. Para una valoración crítica de esas fórmulas preparatorias, *vid.* Díaz Pardo, 2022, p. 324.

[328] Así también Álvarez Lata, 2021, pp. 999-1001.

[329] No alcanzamos a entender qué sostiene a este respecto Marín Calero (2022), pues en p. 130 afirma «que son inatacables… los actos jurídicos realizados… por los representantes legales de la persona con discapacidad (curadores, guardadores o defensores) sin autorización judicial, cuando el acto no la requiera», en p. 132 afirma «que son rescindibles los actos jurídicos realizados por los representantes legales de la persona con discapacidad (curadores, guardadores o defensores) sin autorización judicial –cuando esté prescrita para ese acto o tipo de acto– y siempre que, además, se den las causas y los requisitos legales generales de cada caso»; y en p. 139, al sintetizar el régimen de validez de los actos jurídicos celebrados por el guardador de hecho de la persona con discapacidad sin autorización judicial, afirma que «no cabe la nulidad propiamente dicha, pero la validez del acto queda sujeta al régimen de gestión de negocios ajenos».

[330] Lo cual puede considerarse una fórmula intermedia entre las que se habían barajado durante los trabajos de preparación de la Ley 8/2021: *vid.* el artículo 264 del Proyecto de 2020 (*supra* nota 327).

discapacidad, o, en caso de no poderse averiguar ésos, por la trayectoria vital, creencias, valores y demás factores que esa persona hubiera tomado en consideración, «no se ve razón sensata por la que el contrato que resulta lesivo deba ser rescindido, pues… ese contrato sería precisamente el que, de haber podido, hubiera celebrado la persona con discapacidad»[331]. Por nuestra parte, sin embargo, disentimos de ese planteamiento, lo que por lo demás resulta natural dado que no convenimos tampoco con el presupuesto sobre el que procede. Y es que a nuestro juicio, como ya quedó dicho en su momento, el criterio fundamental por el que se ha de guiar el apoyo representativo no es el subjetivo apuntado –la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o su trayectoria vital, creencias, valores…– sino otro de índole objetiva: la necesidad, conveniencia o utilidad, para los intereses de esa persona, del acto o contrato de que se trate[332]. Este, tal como vimos entonces, es el criterio fundamental para conceder o no el Juez autorización cuando ésta es necesaria, y también para guiar la actuación de la persona de apoyo aunque tal autorización no sea necesaria: téngase presente que la exigencia o no de autorización judicial viene determinada simplemente por la importancia mayor o menor del acto[333]. Y siendo así se explica que, cuando el acto efectivamente realizado no haya sido beneficioso para la persona con discapacidad sino que le haya causado lesión, la ley permita rescindirlo –aunque teniendo presente también que para que esa rescisión proceda no basta con una lesión económica cualquiera sino que ha de ser de cierta entidad, que la ley concreta en más de una cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto del contrato[334]–.

En cuanto a la legitimación para el ejercicio de esta acción, de los planteamientos generales en tema de rescisión se deriva que la tiene la persona lesionada –la persona con discapacidad–, siempre que al hacerlo cuente con discernimiento suficiente para ello, ya porque su discapacidad haya desaparecido, ya porque, aunque no

---

[331] García Rubio, 2022, p. 633.

[332] El hecho de que la ley finalmente aprobada –8/2021– no acogiera la norma prevista en los Proyectos de 2020 y 2021 –artículo 264– es un apoyo más en el sentido que nosotros propugnamos.

[333] Lo cual no excluye, como también dijimos, que la persona de apoyo haya de tener en cuenta además, en cierta medida, aquellos factores subjetivos, pero sí significa que el criterio fundamental por el que se ha de guiar es el de carácter objetivo dicho.

[334] Esta medida se explica en un sistema como el nuestro que está inspirado en principios liberales, lo que supone que, si la «lesión» no alcanza esa medida, el acto no será rescindible. Así las cosas, si consideramos conjuntamente el limitadísimo número de supuestos al que esta acción de rescisión es aplicable y la medida de la lesión que se requiere para ello, nos encontramos entonces con que la operatividad práctica de la misma es extraordinariamente reducida.

haya desaparecido enteramente, ha venido a tener capacidad natural de entender y querer en este sentido. Pero, ¿y si esa persona no está en situación que le permita hacerlo por sí misma, ni siquiera con apoyo asistencial? Aunque el supuesto que ahora estamos viendo no es exactamente igual al del apartado anterior, podemos aquí seguir en lo sustancial el razonamiento hecho allí y analizar dos posibilidades: una, considerar que en tal caso está legitimada la misma persona de apoyo representativo –en nuestro caso, el guardador– que realizó el acto; y otra, considerar que la rescisión no puede ser instada por esa misma persona de apoyo sino que ha de serlo por otra distinta[335]. Esta segunda opción, por las mismas razones que apuntamos entonces, nos parece más adecuada –para lo cual precisará además, naturalmente, obtener autorización judicial (art. 287.7.º CC)–[336]. Aparte de las personas referidas, en caso de muerte de la persona con discapacidad sin haber ejercitado esta acción están también legitimados para pedir la rescisión, naturalmente, sus herederos, siempre que no haya vencido el plazo señalado a la misma.

En cuanto al plazo de ejercicio de esta acción, establece el Código que es de cuatro años, que «*no empezarán a computarse hasta que se extinga… la medida representativa de apoyo*» (art. 1299 CC)[337]. *Dies a quo* que, aunque hay en la doctrina voces autorizadas que sostienen viene dado por el de extinción del apoyo representativo desempeñado por la persona concreta que realizó el acto en cuestión[338], a nuestro juicio hay que entenderlo referido a la extinción de todas las medidas de apoyo representativo que puedan existir en relación con esa persona, hasta que tal discapacidad desaparezca –si desaparece–. Ésta es, creemos, la solución que

[335] Para ello se precisará normalmente interesar de forma previa la remoción de aquélla como persona de apoyo, y el nombramiento de una nueva.

[336] Esa nueva persona de apoyo será probablemente un curador o un defensor judicial: *vid.* artículo 267.4.º CC, y artículos 42.bis.a) y ss., y 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Aunque podría ocurrir también que la propia persona que desempeñaba la guarda desista de ella (artículo 267.3.º CC), en cuyo caso podría surgir un nuevo guardador, que sí estaría legitimado para tal impugnación –con autorización judicial–. En todo caso, sea quien sea la nueva persona de apoyo, ¿será preciso que haya procedido previamente –pero de modo infructuoso– contra la anterior persona de apoyo? La razón de la pregunta se encuentra en el artículo 1294 CC, que afirma que la acción de rescisión tiene carácter subsidiario. A nuestro entender, ahora bien, que sea así en este caso es discutible, por dos razones: una, porque la rescisión, en principio, tiende a procurar que las cosas objeto del contrato rescindido vuelvan a su estado inicial –restitución *in natura*–, no a resolver la cuestión a través de una indemnización pecuniaria, provenga de quien provenga; y otra, por el carácter excepcional que como regla tiene la acción de responsabilidad.

[337] Se mantiene, pues, el mismo régimen dispuesto en el sistema anterior para los actos realizados en caso de personas sujetas a tutela.

[338] García Rubio, 2022, p. 636.

procede en nuestro Derecho actual. Otra cosa es que ese plazo, a nuestro juicio, debiera estar más acotado[339].

Finalmente, en cuanto a los efectos del ejercicio con éxito de esta acción, establece el artículo 1295 CC que la misma obliga a las partes a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses. No puede llevarse a cabo la rescisión-devolución, por tanto, cuando el que la pretenda –la persona con discapacidad, sus herederos o la persona de apoyo representativo– no pueda devolver aquello a que por su parte está obligado –porque la cosa se haya perdido o destruido, o porque se halle legalmente en poder de tercero que haya procedido de buena fe (y a título oneroso)–, aunque en este caso cabe reclamar indemnización al causante de la lesión, indemnización que se cifrará en el perjuicio económico sufrido por la persona con discapacidad, esto es, la diferencia entre el valor de la prestación realizada a cargo de su patrimonio y el de la prestación que efectivamente recibió a cambio[340].

Este supuesto, en todo caso, tal como hemos dicho al inicio de este apartado, en la realidad será muy inusual que se dé, habida cuenta de las premisas sobre las que procede.

3.4 **Actos y negocios realizados por el guardador con autorización judicial, cuyos efectos resultan perjudiciales para la persona con discapacidad**

Para terminar el análisis de los distintos supuestos que en este tema pueden darse, hemos de tratar también del apuntado en la rúbrica de este apartado. ¿Cabe hacer algo en tal caso? Lo singular del mismo radica en que, si bien desde el punto de vista funcional esos actos causan cierto desasosiego –pues su resultado es lesivo para la persona con discapacidad–, desde un punto de vista

[339] En el sentido de fijar como *dies a quo* el de celebración del contrato, se muestra García Rubio, 2022, p. 636.

[340] Moreno Quesada, 1995, pp. 209-210 y 214. Aunque no es cosa pacífica, considera este autor –a nuestro juicio, razonablemente– que la referencia a indemnización dispuesta en el artículo 1295 CC es aplicable tanto si la imposibilidad del reclamante de devolver aquello a que está obligado se debe a que la cosa está en poder de tercero de buena fe, como si se debe a perecimiento de la misma (pp. 209-214). Téngase en cuenta que en sede de rescisión no hay, para nuestro caso, norma semejante a la establecida en el artículo 1314 CC en sede de anulación, que establece que esta acción, y por tanto las obligaciones de restitución de cosa y precio derivadas de la misma, se extinguen cuando la pérdida de la cosa se ha producido por dolo o culpa de la persona legitimada para impugnar el acto o contrato, pero que no ocurre así cuando quien ha causado esa pérdida es persona con discapacidad, en cuyo caso ésta conserva la posibilidad de impugnar si el otro contratante tuvo conocimiento de la existencia de medida de apoyo en el momento de contratar o se aprovechó de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta.

estructural cumplen todos los requerimientos exigidos por la ley, ya que se han realizado por la persona de apoyo que desempeña función representativa –porque así lo requiere la situación de discapacidad severa que aqueja a la persona concernida– y se han realizado contando con la autorización judicial que legalmente se requiere para ello. ¿Cabe entonces –volvemos a repetir la pregunta– hacer algo en este caso?

Por vía de nulidad o anulabilidad, no, en razón de lo dicho: desde el punto de vista estructural, esos actos o negocios se han realizado de forma regular, perfecta.

¿Y por vía de rescisión? También aquí la respuesta ha de ser negativa. Por un lado, porque el Código civil concibe la rescisión como una acción circunscrita a casos tasados, y entre los que elenca en ese sentido no está contemplado el que ahora estamos viendo, pues el núm. 1 de su artículo 1291 –el único susceptible de consideración aquí– se refiere a «*contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los… curadores con facultades de representación*»[341], siendo así que en el caso que ahora vemos ha habido autorización judicial[342]. Y por otro lado porque, con referencia a un supuesto que permite la analogía –contratos celebrados en representación de personas ausentes–, el artículo 1296 CC establece que «*la rescisión… no tendrá lugar respecto de los contratos celebrados con autorización judicial*». Todo lo cual sustenta la conclusión de que la rescisión no es viable en este caso[343]. En esto, además, hay coincidencia general en la doctrina[344].

¿Significa eso, entonces, que no cabe aquí reacción ninguna para atender los intereses de la persona con discapacidad afectada? No es así[345]. Lo que ocurre es que la defensa de esos intereses ha de discurrir por vía de reclamación de responsabilidad[346].

---

[341] Aunque el precepto habla de tutores o curadores con facultades de representación, no hay dificultad ninguna para incluir ahí también a los guardadores con facultad de representación.

[342] El artículo 1291 CC dice que «*los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley*», y el artículo 1293 añade que «*ningún contrato se rescindirá por lesión fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1291*».

[343] Antes de la Ley 8/2021, sin embargo, Zurilla Cariñana sostenía «que la posibilidad de rescisión debe operar también en estos supuestos» (2013, p. 1763). Y Alberruche, *de lege ferenda*, proponía recurrir en este caso a la rescisión por fraude (2018, p. 386). Por nuestra parte, sin embargo, no vemos esto posible.

[344] Después de la Ley 8/2021, *vid.* Díaz Pardo, 2022, p. 323; y Marín Calero, 2022, p. 130. Antes de ella, García Vicente, 2013, pp. 9205-9207; Alberruche, 2018, p. 386; y Álvarez Lata, 2021, p. 1002.

[345] Marín Calero, sin embargo, considera que los actos realizados con autorización judicial por los representantes legales de la persona con discapacidad son inatacables en todo caso (2022, p. 130). Así también, tal vez, Díaz Pardo, 2022, p. 323.

[346] Aunque evidentemente no con referencia a este caso –por razón de fecha–, esta idea la apuntaba ya en su día Lacruz (2007, p. 576): «el artículo 1291-1.º –decía– apenas

Pero, reclamación, ¿a quién? ¿Al Juez que autorizó el acto, o a la persona de apoyo representativo que efectivamente lo realizó –el guardador, en nuestro caso-? Aunque no hay en la ley previsión explícita al respecto, parece plausible considerar que la reclamación se ha de dirigir a la persona de apoyo en cuestión, por ser quien tuvo la iniciativa del acto, quien conocía más directamente las circunstancias de la persona con discapacidad representada, y quien fijó –junto con la otra parte, en su caso– los términos en que el acto se iba a realizar[347]. Para poder reclamar tal responsabilidad, esto sí, el perjuicio ha de ser resultado de una actuación culposa, negligente, de la persona de apoyo[348] –ésta no es una responsabilidad objetiva–, lo cual deberá ser valorado atendiendo a quién es la persona de apoyo y a cuáles son sus circunstancias[349].

¿Qué tipo de actos perjudiciales caen bajo el ámbito de operatividad de esta acción? ¿Sólo los de índole económica? Si la acción fuera de rescisión esos actos quedarían circunscritos, naturalmente, a los de tipo económico, pero, no siendo ésa la acción procedente aquí, pensamos que no puede limitarse a ellos: nótese que el artículo 294 CC, que creemos aplicable aquí por analogía, habla de «responsabilidad por daños»[350], que es expresión más amplia. En la práctica, no obstante, sin duda serán los de tipo económico los que más se plantearán.

¿Quién está legitimado para ejercitar esta acción? El precepto no lo dice, pero hay que entender lo estarán la propia persona con discapacidad –por sí misma, si recupera el discernimiento necesario para ejercitar su capacidad jurídica, ya sea sin o con apoyo asistencial– y sus herederos, si muere sin haberla ejercitado antes de

---

tiene sino una función marginal en el conjunto de garantías para el… pupilo frente a los desaciertos o deslealtad de su tutor, garantía que el legislador entiende proporcionarle por otros cauces (nombramiento y control judicial, inventario, fianza, rendición anual de cuentas de administración, cuentas finales)». *Vid.* también ALBERRUCHE, 2018, p. 388.

347 Así lo sostenía, ya bajo el imperio del sistema anterior, GARCÍA VICENTE (2013, p. 9205), apuntando además a una aplicación extensiva del artículo 285 CC en su redacción de entonces –hoy artículo 292–, en el que se establece que la aprobación judicial de las cuentas que presente la persona de apoyo no impide el posterior ejercicio de las acciones que la persona con discapacidad puede tener contra aquélla. Hoy apunta también a la persona de apoyo como legitimado pasivamente en este sentido, ALVAREZ LATA, 2021, p. 1002. Y *vid.* además el artículo 294 CC, por analogía. En sentido contrario –*i.e.* haciendo recaer la responsabilidad en el Juez–, se manifestaba sin embargo ZURILLA CARIÑANA, 2013, p. 1763.

348 Por supuesto, también por dolo.

349 No es lo mismo que sea un familiar o que sea alguien ajeno a la familia. Si, como será lo normal, el guardador de hecho es un familiar, resulta razonable pensar que la diligencia que deba considerarse aquí sea la del buen padre de familia. Así GARCÍA GOLDAR, que remite además al artículo 1889 CC (2022, p. 463), aunque pensamos nosotros que aquí sería oportuno acudir también al artículo 1104 CC.

350 Y que el artículo 287.1.º CC incluye, entre los actos para los que el curador representativo precisa autorización judicial, los de trascendencia personal o familiar.

que venza el plazo para ello. Y también la persona de apoyo representativo que en su caso venga a reemplazar a la que realizó el acto –hay que tener en cuenta aquí que tanto el Ministerio Fiscal como cualquier persona que tenga interés legítimo pueden poner en conocimiento del Juez el resultado del acto realizado por el guardador de hecho en ese caso, a fin de que pueda requerirle informe de ello y de que pueda además adoptar las medidas que estime oportunas, por ejemplo nombrando una nueva persona de apoyo representativo (un curador)–[351].

En cuanto al plazo para el ejercicio de esta acción, establece el artículo 294 CC, en relación con la curatela, que es de tres años a contar desde la rendición final de cuentas que haga el curador. Lo que ocurre en nuestro caso es que el guardador, a diferencia del curador, no tiene en principio obligación de rendir cuentas (salvo que el Juez se lo exija). Por eso hay que considerar que en este caso el *dies a quo* es el de finalización de la labor de guarda por parte de la concreta persona de apoyo que realizó el acto (no de la última persona de apoyo que tenga esa persona con discapacidad, si no es la misma)[352]. Si el Juez le exigiera rendición de cuentas, esto sí, ése será el *dies a quo*.

Los efectos del ejercicio de esta acción se traducen en una indemnización de daños y perjuicios.

V. GUARDA DE HECHO, TRÁFICO JURÍDICO, NOTARIOS Y REGISTRADORES

Aunque, llegados aquí, creemos ha quedado claro cuál es el papel que corresponde jugar a la persona de apoyo y cuáles son las consecuencias de la concurrencia o no de su apoyo, el tema requiere todavía algunas consideraciones de orden más práctico, sobre todo cuando los actos, contratos o negocios de que se trate se quiere que pasen por la Notaría o por el Registro de la Propiedad. Nos ocupamos de ello a continuación, considerando separadamente los casos de apoyo asistencial y de apoyo representativo.

---

[351] *Vid.* artículos 265 del Código civil y 52 y 42.bis.a) ss. de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Aunque también cabe que la propia persona que desempeñaba la guarda desista de ella (art. 267.3.º CC) y su lugar lo ocupe un nuevo guardador, en cuyo caso éste estaría legitimado igualmente para tal impugnación –con autorización judicial–.

[352] García Goldar, no obstante, se plantea si no sería más adecuado establecer como *dies a quo* aquél en que el agraviado –la persona con discapacidad– tiene conocimiento del daño (2022, p. 464).

1. EN CASO DE APOYO ASISTENCIAL

1.1 **Sobre la actuación del Notario, cuando la persona de apoyo no concurre al acto o negocio que la persona con discapacidad quiere realizar**

A este respecto es frecuente encontrar discusión acerca de si debe o no el Notario autorizar la escritura o póliza cuyo otorgamiento se pretende por persona con discapacidad, cuando a tal otorgamiento no concurre la persona de apoyo –en nuestro caso, el guardador de hecho–.

Estando el trabajo en este punto, ahora bien, pensamos no puede haber duda de que la respuesta a esa cuestión ha de ser afirmativa, porque, como ya quedó visto en su momento, la intervención de la persona de apoyo no es requisito para que la persona con discapacidad pero con discernimiento suficiente pueda realizar por sí sola actos, contratos o negocios, sino sólo para enervar la posibilidad de impugnación posterior de los mismos por esa causa. Y esto es así, no sólo si esos actos se realizan fuera de la notaría sino también si se realizan ante Notario.

En caso de realizarse ante Notario, éste debe atender con diligencia a la persona con discapacidad compareciente, para auxiliarla en cuestiones de carácter técnico-jurídico y ayudarla en su comprensión al respecto[353], y tras ello valorar si su discernimiento es

[353] Con respecto a la función del Notario desde esta perspectiva, ahora bien, pensamos que se propugna en ocasiones un planteamiento excesivo. Explicamos nuestra idea. El Ordenamiento español procede hoy tomando como base las dos premisas siguientes: de un lado, que las personas con discapacidad tienen igual capacidad jurídica que cualquier otra persona, y de otro lado, que tales personas, para ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, sólo necesitan contar con la oportuna medida de apoyo. Estas medidas de apoyo, según resulta del artículo 250 CC, pueden ser voluntarias –las diseñadas por la propia persona concernida, los poderes y mandatos preventivos– o legales –las señaladas por la ley: guarda de hecho, curatela, defensor judicial–. Desde hace un tiempo, sin embargo –en particular desde la Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión permanente del Consejo general del Notariado sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad–, se viene planteando que los Notarios constituyen también una medida de apoyo a las personas con discapacidad, calificada como «apoyo institucional». Así resulta –se dice– de diversas normas, pero fundamentalmente del artículo 665 CC, en el que se establece que «*La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias*». Es ésta, sin duda, una norma cuya relevancia en el tema no cabe ignorar, pero, ¿es una norma de alcance general, o una norma particular para ese concreto negocio jurídico –el testamento-? La Circular informativa referida resuelve la cuestión de modo tajante: «*esta previsión* –dice–*, aunque relativa al testamento de la persona con discapacidad, es aplicable con carácter general a todo otorgamiento*», por ser ésa «*una función impuesta por nuestra condición de apoyo institucional*» (en el mismo sentido, y más tajante, se muestra Carrasco Perera, el Notario, dice, debería ser

suficiente para entender el acto, contrato o negocio que pretende, pero, si después de hecho eso concluye que efectivamente tiene tal discernimiento, no puede denegar la autorización requerida porque la persona de apoyo no concurra al mismo[354]. Esto es así incluso si se trata de actos de gran trascendencia personal, familiar o patrimonial –los del artículo 287 CC–, e incluso si el acto de que se

---

el único apoyo, si se trata de actos recogidos en escritura pública (2022, p. 243). Pero, ¿es realmente así? No nos lo parece. La función fundamental del Notario es la dación de fe pública (artículo 1 de la Ley del Notariado), no el apoyo a las personas con discapacidad. Y aunque el artículo 1 del Reglamento Notarial añade que los Notarios, «*como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar*», no creemos quepa encontrar ahí sustento a la función de apoyo institucional específico a las personas con discapacidad que se pretende, pues esa norma se refiere propiamente a asesoramiento técnico –sobre los medios jurídicos más adecuados para el alcanzar el fin que el otorgante se propone–, mientras que la esencia del apoyo a las personas que tienen discapacidad psíquica pero que eso no obstante cuentan con discernimiento suficiente consiste en ayudarlas a desarrollar su propio proceso de toma de decisiones jurídicamente relevantes y a conformar su voluntad al respecto en igualdad de condiciones que las demás personas (artículo 249, párrafo segundo, CC), siendo así que el medio para ello –lo señala este mismo precepto– pasa porque la persona de apoyo proporcione a la persona con discapacidad, no sólo la información que sea necesaria en relación con la decisión que quiera tomar o con el acto o negocio que quiera realizar sino también la ayuda que sea precisa para compensar el déficit originado por su discapacidad, lo que en la mayoría de los casos supone que, para ser suficiente la asistencia, resulta necesario que la persona de apoyo proporcione a la persona con discapacidad su parecer y consejo acerca del asunto que ésta está considerando, lo que a su vez exige conocer la vida y circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de esa persona. Esto, ahora bien, es muy difícil si no se forma parte del entorno de la persona con discapacidad. ¿Cabe entonces pensar que el Notario puede desempeñar una función de apoyo al otorgante equivalente a la de los apoyos voluntarios o legales antes dichos? No lo creemos. Repárese además en que la previsión del artículo 1 del Reglamento Notarial existe desde 1944, cuando el planteamiento que hoy tenemos en relación con las personas con discapacidad no era imaginable siquiera, lo que significa que la misma no se puede referir específicamente a nuestro caso. Y repárese también en que, aunque no sea imperativo, hoy la mayoría de los actos económicamente relevantes se celebran ante Notario, lo que supone que, si el Notario fuera apoyo suficiente para las personas con discapacidad, prácticamente no harían falta apoyos voluntarios o legales. Por todo lo cual, concluimos que la función de apoyo de los Notarios no puede plantearse con carácter general y en el mismo plano que las medidas de apoyo voluntarias y legales (sobre las medidas de apoyo y el papel del Notario en caso de testamento, *vid.* el sólido trabajo de Gómez Valenzuela, RDC. 2023, núm. 5, pp. 93-171).

354 En el sentido que sostenemos se manifiestan también Pallarés Neila (2022, pp. 264-266) y Monje Balmaseda (2022, pp. 1121-1123). La mayoría de la doctrina, sin embargo, sostiene que el Notario sólo autorizará el documento público si la persona de apoyo concurre al otorgamiento: así Álvarez Lata (2021, pp. 994-995), Cabanas Trejo (en *notariosyregistradores.com* –VI.1)–), Leciñena (2021, p. 657; y 2022, p. 277), Pérez Gallardo (2021, pp. 477-481), Lora-Tamayo (en *El Notario del siglo xxi*, mayo-junio 2021, pp. 43-44, aunque refiriéndose especialmente a apoyos judiciales) y Marín Calero (2022, pp. 33, 37, 40-41, 56 y 170 –en p. 85, sin embargo, sostiene otra cosa-). De forma contradictoria se muestra en este punto la Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, pues por un lado dice que «la guarda de hecho… no… representa un condicionante para la actuación de la persona con discapacidad» (p. 5), pero por otro lado, en relación con la curatela, parece sostener lo contrario (p. 5). Otro tanto cabe decir de Guilarte Martín-Calero (2021), pues en p. 549 parece no requerir la participación en ese sentido de la persona de apoyo, pero en p. 551 sostiene lo contrario.

trata es objetivamente no-conveniente para la persona con discapacidad: téngase presente que tampoco la prestación de asistencia por parte de la persona de apoyo conlleva necesariamente que la persona con discapacidad tome una decisión que sea objetivamente buena, porque, aun habiendo recibido apoyo, cabe que tome una mala decisión y realice un acto desacertado o perjudicial para ella –lo que se justifica considerando que lo mismo ocurre a las personas sin discapacidad, a cuya situación se vienen aquéllas a igualar–, e incluso que actúe en contra del parecer de la persona de apoyo[355]. Esto, pensemos lo que pensemos al respecto, es lo que requiere el sistema actual.

En tal caso lo que el Notario ha de hacer, además de auxiliar a la parte con discapacidad en cuestiones técnico-jurídicas y ayudarla en su comprensión, son advertencias: a la parte con discapacidad, que para realizar ese acto, contrato o negocio en igualdad real de condiciones que las personas sin discapacidad precisa apoyo, que a él no le consta haya tenido; y a la parte sin discapacidad, que si el acto, contrato o negocio se celebra sin haber contado la otra parte con ese apoyo, podrá luego ser impugnado por ella, por sus herederos o por la persona de apoyo. El deber particular que surge para el Notario en este caso consiste, pues, en hacer saber a las partes el riesgo en que incurren si se procede sin apoyo, quedando entonces en manos de éstas seguir adelante o no con la operación, en función de cómo valoren ese riesgo. Si deciden seguir adelante y realizar sin apoyo el acto, contrato o negocio, esto sí, el Notario debe reflejarlo en la escritura.

1.2 **Sobre cómo acreditar la condición de guardador, cuando éste concurre al acto o negocio que la persona con discapacidad va a realizar**

Ésta es una de las principales dificultades que la guarda presenta para su desenvolvimiento práctico, pues, no siendo de constitución formal sino de hecho, la ley no ha resuelto cómo acreditar su existencia, lo que genera inseguridad y dificulta su operatividad[356]. Facilitar la prueba de la medida de apoyo es, precisamente, otra de las razones que llevan con frecuencia a los tribunales a no

[355] Legerén, 2019, p. 196; Marín Calero, 2022, pp. 31, 85, 89 y 238.

[356] Este, dice López san Luis, continúa siendo «el talón de Aquiles de la guarda de hecho» (2022, p. 15). En caso de medida de apoyo formal (judicial o voluntaria) este problema no existe, ya que para acreditarla basta presentar el auto, la sentencia o la escritura de constitución de la misma.

considerar adecuada la guarda de hecho existente, y a constituir en su lugar curatela[357].

Y es que, aunque es posible que quien vaya a realizar un acto, contrato o negocio con persona con discapacidad conozca a la persona que de hecho desarrolla función de guarda de la misma, no siempre será así, en cuyo caso se hace necesario acreditar de algún modo tal condición. De modo semejante, en caso de que el acto se quiera instrumentar en escritura pública, deberá acreditarse al Notario que la persona que concurre al otorgamiento es efectivamente guardador de hecho del otorgante. ¿Cuál, o cuáles, son los medios hábiles para permitir al guardador acreditar su condición de tal –títulos a efectos de prueba–?[358].

En la doctrina se han considerado fundamentalmente tres[359]: Auto resultante de expediente de jurisdicción voluntaria, Decreto del Ministerio Fiscal resultante de diligencias o expediente instruidos por éste, y Acta notarial de notoriedad. No incluimos aquí la anotación de la guarda de hecho en el Registro Civil, porque el asiento en que en su caso se hace no tiene valor probatorio sino meramente informativo (art. 40 de la Ley del Registro Civil), ni consideramos tampoco la declaración que pueda hacer en ese sentido la propia persona con discapacidad, porque la guarda es una realidad de hecho que no se constituye ni se puede acreditar sólo por aquélla[360].

---

[357] *Vid.* STS 18 de junio de 2024 (JUR 2024/206237), que, aunque reconoce que la guarda de hecho podría bastar en el caso para proporcionar el apoyo representativo necesario, confirma el establecimiento de curatela representativa dispuesto por la Audiencia, por considerar que su facilidad de acreditación conviene más en orden a la actuación ágil y efectiva de la persona de apoyo. También las SSTS 20 de octubre de 2023 (RJ 2023/5929) y 20 de octubre de 2023 (RJ 2023/5967). Y SAP Asturias (Sección 6.ª) 25 de junio de 2024 (JUR 2024/302078); AAP Alicante (Secc. 6.ª) 5 de julio de 2024 (JUR 2024/376052); AAP Zaragoza (Secc. 2.ª) 24 de mayo de 2024 (JUR 2024/287283); AAP La Coruña (Secc. 3.ª) 19 de octubre de 2023 (JUR 2024/76157).

[358] Aunque la terminología que en ocasiones se emplea puede confundir, la cuestión de que nos ocupamos en este apartado –título a efecto de prueba– es distinta de la que se plantea cuando se habla de título de legitimación (*vid.* en este sentido, Leciñena, RDC 2022, p. 278; Lescano, 2017, p. 135; Parra Lucán, *La guarda de hecho* 2013, p. 233; Id.: en *Comentarios al Código civil*, 2013, p. 2539). Son distintas porque legitimación, en sentido propio, es término que hace referencia a la relación que existe entre una persona y una cosa, un derecho o un interés, y que le permite operar eficazmente sobre ellos, siendo así que eso no es de lo que aquí se trata. Hablar de legitimación tiene sentido cuando se hace referencia a medida de apoyo de carácter representativo, ya que en este caso es la «persona de apoyo» quien opera en el tráfico en nombre de la persona con discapacidad y sobre cosas, derechos o intereses de ésta, pero no tiene sentido cuando se trata de medida de apoyo de carácter asistencial, caso en el que es la propia persona con discapacidad la que actúa por sí misma en el tráfico, aunque sea con apoyo de otra. De lo que nos ocupamos en este apartado, por tanto, es de títulos o medios de prueba, que permitan al guardador asistencial acreditar su condición de tal y desplegar su función sin dificultades.

[359] *Vid.* Fábrega, 2006, pp. 16-18; Pérez Monge, 2016, p. 1354; Lescano, 2017, p. 136.

[360] No nos parece correcto, por tanto, lo que afirma la Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado,

El primero de los tres medios apuntados –Auto resultante de expediente de jurisdicción voluntaria–, ahora bien, aunque puede eventualmente venir a constatar la existencia de una guarda de hecho, no nos parece adecuado como medio de prueba de carácter general en este sentido. No lo es, porque ésa no es finalidad propia de los expedientes de jurisdicción voluntaria: éstos, según dice la ley, son «*aquellos que requieren la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil sin que exista controversia que deba sustanciarse en un procedimiento contencioso*»[361], y esto no es de lo que aquí se trata. En tal Auto, por tanto, puede haber constatación de la existencia de una guarda de hecho producida de forma incidental con ocasión de un expediente que tenga propiamente otra finalidad[362] –*v. gr.* cuando el Juez, al resolver el expediente que se ha iniciado pidiendo el nombramiento de curador, deniega esto por considerar que basta la guarda de hecho existente[363], o cuando, tras haber tenido el Juez conocimiento de la existencia de una guarda de hecho, requiere al guardador que le informe de su actuación y de la situación de la persona con discapacidad[364]–, pero, como título de prueba de carácter regular, no vale[365]. Lo que se refuerza al advertir que la Ley reguladora de la Jurisdicción Voluntaria, al ocuparse en su Capítulo III.bis de las medidas de apoyo en general, trata sólo de su provisión[366], no de su acreditación; y que su Capítulo IV, Sección 3.ª, al tratar específicamente de la guarda de hecho, se ocupa sólo de requerimientos y medidas

---

cuando dice que «el guardador de hecho, cuando comparece ante el notario, presta su auxilio sin otra acreditación que la voluntad de la persona con discapacidad» (p. 5). En términos iguales a los de la Circular se pronuncian Leciñena, RDC 2022, p. 278, y Marín Calero, 2022, p. 88.

361 Artículo 1.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

362 Así lo considera también el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias –Doc. núm. 1: La guarda de hecho en la Ley 8/21–*, de julio de 2023, p. 5.

363 *Vid.* STS 23 de enero de 2023 (RJ 2023/2350); SAP Madrid (Secc. 24.ª) 20 de noviembre de 2023 (JUR 2024/62428); SAP León (Secc. 2.ª) 2 de junio de 2023 (JUR 2023/310169); SAP Cádiz (Secc. 5.ª) 29 de marzo de 2023 (JUR 2023/259463); AAP Alicante (Secc. 6.ª) 12 de enero de 2024 (JUR 2024/376054); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.ª) 4 de marzo de 2024 (JUR 2024/376488); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.ª) 22 de julio de 2024 (JUR 2024/465604); AAP La Coruña (Secc. 3.ª) 19 de octubre de 2023 (JUR 2024/76157); AAP Pontevedra (Secc. 3.ª) 29 de marzo de 2023 (JUR 2023/344181).

364 *Vid.* artículos 265 CC y 52 LJV.

365 Aparte de que, tal como dice De Verda, «Resulta paradójico que, siendo la guarda de hecho una medida informal, el guardador se vea obligado a acudir a un Juzgado para que se le declare formalmente como tal», ya que ello supondría «una suerte de judicialización de la desjudicialización» pretendida por la Ley (2022, p. 104).

366 Medidas de apoyo que además, por hipótesis, no pueden ser de hecho sino judiciales: *vid.* la rúbrica del Capítulo, que es «*Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad*».

de control de la misma, sin que haya en esas normas nada que pueda valer al fin aquí pretendido[367].

Otro tanto se puede decir del Decreto del Ministerio Fiscal, porque acreditar la existencia de concretas guardas de hecho no es misión propia de éste, sin perjuicio de que su constatación pueda resultar incidentalmente de su actuación. Esto es posible porque dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil que, cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de persona en situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, «*pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria*»[368], de donde se deriva que si el Ministerio Fiscal, tras realizar las oportunas diligencias[369], llega al convencimiento de que no resulta necesario interesar la constitución de medidas judiciales en ese sentido porque hay guarda de hecho suficiente, ello determinará que cierre el expediente con Decreto en que así lo establezca, en el que además quedará reflejada la existencia de la misma. Esto, por tanto, efectivamente es posible, pero sin perjuicio de ello hay que convenir en que se tratará aquí, de nuevo, de una constatación incidental en el marco de unas diligencias o de un expediente tramitados con finalidad distinta.

A la vista de lo cual tenemos que esos expedientes, y el Auto o el Decreto resultante de los mismos, no son medios adecuados para, con carácter general, constatar y acreditar la existencia de guardas de hecho[370].

---

[367] Capítulo IV –«*De la tutela, la curatela y la guarda de hecho*»–, Sección 3.ª –«*De la guarda de hecho*»–.

[368] Artículo 762.1 LEC.

[369] Esas actuaciones las realizará en el expediente informativo que tramite en orden a «*facilitar el ejercicio de las… funciones que el Ordenamiento jurídico le atribuye*», según dice el artículo 5.3 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. *Vid.* también los artículos 9 y 10 del Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal.

[370] Leña (2006, p. 209) negó en su momento la viabilidad de estos medios considerando que, si el Juez o el Ministerio Fiscal tenían conocimiento de la posible existencia de persona con discapacidad, debían necesariamente promover el procedimiento de incapacitación –*ex* artículos 228 y 204 CC en su redacción de entonces–, lo que a su vez determinaba que la guarda de hecho dejara de operar. No era sin embargo así en aquel momento, ni lo es hoy. No lo era en aquel momento porque, según opinión que vino a ser dominante a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, nuestro Ordenamiento no imponía al Ministerio Fiscal interesar la incapacitación de esa persona si consideraba que la misma se encontraba suficientemente asistida por medio de guardador de hecho: *vid.* en este sentido el artículo 762.1 LEC, en su redacción inicial; la Circular 1/2000, de la Fiscalía General del Estado; y el artículo 303.1 CC, tras su modificación por la Ley 26/2015. El artículo 762.1 LEC decía así: «*Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación*». La Circular 1/2000, de la Fiscalía General del Estado, por su parte, decía (VII.2) que «*(…) La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de*

El medio más propio para ello es el Acta de notoriedad. Pues las actas, según establece el artículo 144 del Reglamento notarial en términos generales, son instrumentos públicos que tienen como cometido propio la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario y que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como los juicios y calificaciones del Notario; precisando luego el artículo 209 de ese mismo Reglamento que las actas de notoriedad «*tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica*». Que es, precisamente, lo que aquí se pretende[371].

---

hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, realizada por cualquier otra persona conforme a lo previsto en el artículo 757.3, no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda. Esta conclusión queda confirmada a fortiori por el artículo 762.1, que dispone que el Fiscal, cuando la autoridad judicial haya puesto en su conocimiento la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá promover la incapacitación "si lo estima procedente" (…)». Y el artículo 303.1 CC, por su parte, establecía que «*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. / Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores*». Y no es así hoy tampoco, porque el mismo planteamiento que hemos expuesto en las líneas anteriores es el que sigue el artículo 757.2 LEC tras su reforma por la Ley 8/2021, ya que establece que «*El Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso* [de adopción de medidas judiciales de apoyo] *si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa*». La razón apuntada en su día por LEÑA, por tanto, no es la que determina la no-viabilidad de los referidos Auto o Decreto como medios generales de prueba de la guarda de hecho.

[371] Como único medio hábil en este sentido, considera LEÑA a las actas de notoriedad (2000, pp. 208-209). CABANAS TREJO, sin embargo, se muestra contrario a ello, considerando que eso supondría proporcionar al guardador un «título de legitimación» *ad extra* y *erga omnes*, algo que el Notario no puede proporcionar (en *notariosyregistradores.com* –III.1)–). Las cosas, ahora bien, creemos que no son como las plantea CABANAS, porque, aunque efectivamente un acta de notoriedad no puede constituir un título formal que habilite al guardador para actuar siempre y sin más, ello no obsta para que esta acta pueda autorizarse y tener operatividad, en los términos que vemos en las páginas siguientes en el texto. La negativa de CABANAS, en realidad, viene determinada en buena medida por no reconocer debidamente a la guarda de hecho asistencial el valor que la Ley 8/2021 le da como medida de apoyo legal y estable, a la par que las medidas judiciales de apoyo –con cierta prevalencia sobre ellas, incluso–. Véase así que, a juicio de CABANAS, «la intervención del guardador [en las escrituras] sólo es relevante cuando realice una actuación representativa» (III.1; también X.4); en los demás casos, dice, «para el notario la situación [del guardador] no es muy distinta a la del asistente informal», al que considera un mero «facilitador» (III.1); al autorizar una escritura, añade CABANAS, «al notario no le corresponde cerciorarse de esa condición [de guardador asistencial], sin perjuicio de que pueda recoger la manifestación en tal sentido del acompañante… Pero en ningún caso el notario declarará el cargo, y menos por notoriedad; para el notario –dice– es una asistencia informal más…» (X.4), hasta tal punto

Esta acta, cuya instrucción puede ser requerida por el propio guardador[372], se ha dicho que debe contener prueba de las tres circunstancias siguientes[373]: *a)* existencia, en una persona, de discapacidad con entidad suficiente como para hacerle precisar apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuya comprobación requerirá la presencia ante el Notario de dos facultativos elegidos por él, especialistas en la materia, que dictaminen sobre el alcance de tal discapacidad; *b)* inexistencia de medidas de apoyo ya establecidas en relación con esa persona –medidas voluntarias o judiciales, hay que entender–, así como inexistencia de actuación iniciada con el propósito de constituirlas, para probar lo cual basta –se ha dicho– certificación negativa del Registro civil y declaración, por parte de la persona que inste el acta y de algunos familiares cercanos, de que tal actuación no se ha iniciado[374]; y *c)* existencia actual y prolongada en el tiempo de una actuación de cuidado y asistencia del discapacitado por parte de persona determinada, para cuya acreditación basta –se ha afirmado– con la declaración de dos testigos que así lo aseveren, aunque la comprobación puede ampliarse con

---

que «el notario podría… no aceptarla y prescindir de ella» (X.4). Pero no es así: la asistencia del guardador no es una actuación facilitadora cualquiera, sino la asistencia que presta quien está legalmente reconocido como medida de apoyo estable y a la par de las constituidas judicialmente, con todas las consecuencias que ello tiene. El propio CABANAS, de hecho, no obstante lo dicho admite luego que «nada se opone a que para [una] intervención concreta y para ese momento, el notario considere notoria la guarda de hecho, y así lo declare» (III.1). Y entonces cabe preguntarse: si puede constatar como notoria la existencia de guarda de hecho, ¿qué impide que, si se le pide, pueda recogerla en un acta? Otra cosa serán los términos y la operatividad de esta acta, que es lo que lleva a CABANAS a negar su posibilidad, pero eso no es razón suficiente para no admitirla, como resulta de las consideraciones que hacemos en las páginas siguientes en el texto.

En otro orden de cosas, apuntaba LEÑA en p. 209 que el Notario al que se pidiera tal acta de notoriedad no estaba obligado a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal ni del Juez la discapacidad de la persona concernida, al objeto de que iniciaran procedimiento de modificación de su capacidad de obrar. No lo está jurídicamente, decía, porque así se deduce del artículo 230 CC (en su redacción de entonces), ni tampoco moralmente, por razón del secreto profesional del Notario. Esto sin embargo no es hoy tan claro, a la vista del artículo 42.bis.a).3 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, que dispone que «*Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal…*». *Vid.* también los artículos 56.1, 57.3 y 62.3 de la Ley del Notariado, tras su reforma por la Ley 8/2021.

372 Como persona interesada que es en el hecho, aseverando la certeza de éste bajo pena de falsedad en documento público. Aunque el guardador no es el único que puede requerirla: *vid.* artículo 209. Primero del Reglamento notarial.

373 LEÑA, 2000, pp. 208-212 –con términos referidos al sistema anterior, bajo cuyo imperio él escribe, pero adaptables sin dificultad al sistema actual–. Lo sigue FÁBREGA, 2006, pp. 20-23.

374 Se requiere esto, decía LEÑA (2000, p. 208), porque si esa actuación se hubiera iniciado podría existir administrador judicial, en cuyo caso no cabría guarda de hecho (aunque a continuación admitía que, si no se hubiera nombrado tal administrador, sí podría existir guarda, si bien circunscrita al aspecto patrimonial, porque en el aspecto personal la guarda la ejercería el Ministerio Fiscal ex artículo 299.bis CC, en su redacción de entonces).

la declaración de dos familiares, preferentemente de entre los más próximos a la persona con discapacidad.

Con respecto a esas circunstancias, ahora bien, hacemos por nuestra parte algunas observaciones.

Una es para apuntar que no convenimos nosotros en que para autorizar esa acta sea estrictamente necesario que el Notario requiera dictamen de dos facultativos especialistas que determinen la existencia y el alcance de la discapacidad de la persona en cuestión. Así nos parece, porque el objeto propio de esta acta no es acreditar la discapacidad de una persona sino comprobar y fijar la existencia de guarda de hecho ejercida por persona determinada en relación con aquélla. Esta, y no otra, es la función de esta acta, y por ello entendemos que, para autorizarla, el Notario no precisa contar con tales dictámenes sino que basta con que, empleando los medios de que habitualmente se sirve para valorar el juicio de una persona –su preparación, experiencia, sentido común, etc.–, aprecie que la persona en cuestión está aquejada de discapacidad[375]. Recuérdese que el juicio de «capacidad» o discernimiento es un juicio técnico-jurídico personal del Notario, no médico. Es más, nos parece que no es necesario siquiera que en esta acta el Notario se extienda en la exposición de la discapacidad de la persona concernida, porque su apreciación en ese sentido irá implícita si autoriza el acta afirmando como notoria la existencia de guarda de hecho en relación con aquélla[376].

Tampoco convenimos con la segunda circunstancia cuya prueba se ha dicho se requiere para autorizar esta acta –inexistencia de medidas de apoyo formales ya establecidas, y no-iniciación de actuación encaminada a establecerlas–[377]. De un lado porque hoy,

---

[375] El mismo Leña lo reconoce así acto seguido de haber afirmado la necesidad de dictamen de dos facultativos, ya que dice que «es lógico que el notario, al tener al discapacitado en su presencia a efectos de identificación, se cerciore de la existencia de discapacidad utilizando los medios de los que habitualmente se vale para enjuiciar la capacidad o, en su caso, la incapacidad de un testador o un contratante» (2000, p. 210), añadiendo que, si la presunción que nuestro sistema establece en relación con el juicio del Notario «es así respecto a la afirmación de capacidad, parece que también para el caso de apreciar la no existencia de capacidad plena deberá reconocérsele al notario una capacidad profesional» (p. 211). A la idea que hemos propugnado en el texto nos parece que se adscribe también –aunque no de modo explícito– el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* de julio de 2023, que, al tratar de los elementos esenciales de la guarda a los que ha de atender el Notario al elaborar el acta, se refiere a «la discapacidad que requiere apoyo», sin más (p. 5).

[376] En todo caso, si no obstante lo dicho el Notario requiere tales dictámenes –con base en lo dispuesto en el artículo 209. Segundo del Reglamento notarial–, éstos, como pruebas practicadas en razón de esa acta, deberán hacerse constar en ella (Artículo 209. Cuarto del Reglamento notarial).

[377] El *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* de julio de 2023, por su parte, no menciona siquiera esta circunstancia (p. 5).

según resulta del artículo 263 CC, la existencia de medidas de apoyo voluntarias o judiciales no impide que exista guarda de hecho, si aquéllas no se están aplicando eficazmente: lo que en tal caso deberá procurarse por parte del Notario –esto sí– es una prueba particularmente rigurosa de que efectivamente existe guarda de hecho[378]. Y de otro lado porque, en caso de que se haya iniciado actuación encaminada a establecer medida formal de apoyo, ello en verdad no hace sino evidenciar que tal medida aún no existe –y no es seguro que llegue a existir–, por lo que nada obsta a la viabilidad de esta acta, cuyo objetivo es constatar una realidad actual[379] (aunque esto no obstante hemos de reconocer que instar acta de notoriedad de la existencia de guarda de hecho cuando se ha solicitado el establecimiento de medida formal de apoyo, es hipótesis que en la realidad resultará extraordinariamente inusual, si es que alguna vez llega a darse).

Donde a nuestro entender se encuentra verdaderamente la médula de esta acta es en la última de las circunstancias apuntadas, esto es, en el hecho de que una persona, sin contar con designación voluntaria o judicial en ese sentido, venga desarrollando en el tiempo una labor de apoyo y asistencia a otra persona, ésta aquejada de discapacidad[380].

Para la prueba de ello hemos visto se ha dicho que basta con la declaración de dos testigos que así lo aseveren, aunque añadiéndose que esta comprobación puede ampliarse con la declaración de dos familiares próximos. A lo cual no formulamos nosotros objeción, aunque sí destacamos que tal tarea de comprobación no se ve constreñida a esos medios, ya que el Notario puede emplear todos los que considere oportunos, tanto en cantidad como en calidad, en orden a cerciorarse de la existencia o no de guarda de hecho en relación con una persona[381]. En este sentido cabe decir que estar la guarda en cuestión anotada en el Registro Civil puede constituir un indicio significativo de la realidad de la misma, pues aunque esa anotación no tenga valor probatorio, sí lo tiene informativo[382].

---

[378] En este sentido creemos hay que entender a Marín Calero cuando señala como requisito del acta de notoriedad que no haya medida de apoyo inscrita o, si la hay, que no se esté ejerciendo de manera eficaz (2022, p. 79).

[379] No es óbice, para lo dicho, lo dispuesto en el artículo 209. Quinto del Reglamento notarial, que establece que «*la instrucción del acta se interrumpirá si se acreditare al Notario haberse entablado demanda en juicio declarativo con respecto al hecho cuya notoriedad se pretenda establecer*». No lo es, porque tal demanda no estaría motivada por controversia sobre el hecho de la guarda.

[380] Al hablar de los requisitos del acta de notoriedad que aquí estamos considerando, éste es el que en sentido más propio menciona Marín Calero, 2022, p. 79.

[381] Artículo 209. Segundo del Reglamento notarial.

[382] Así lo apuntan también Palacios González, 2021, p. 423; y De Salas Murillo, 2021, p. 979, aunque esta última considera además que esa anotación «puede jugar

También puede serlo que en un previo Auto resolutorio de expediente de jurisdicción voluntaria, o en un Decreto del Ministerio Fiscal, se haya dejado constancia de la existencia de guarda ejercida por tal persona, en los términos más arriba apuntados. Y además nos parece que por lo común resultará indispensable valorar también la manifestación que a este respecto haga la propia persona con discapacidad, pues aunque esa manifestación no acredite por sí sola la realidad de aquélla, sí es dato significativo a considerar en este sentido[383].

El *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* de julio de 2023, por su parte, parece desdoblar esta prueba en dos: prueba del vínculo entre las partes, y prueba de la suficiencia y adecuación de la propia guarda[384]. Con lo cual estamos nosotros conformes, sin perjuicio de puntualizar que ese vínculo entre guardador y guardado, aunque normalmente –desde el punto de vista estadístico– será familiar, no tiene porqué serlo necesariamente. Si no es de carácter familiar, esto sí, apunta con razón el citado *Documento* que habrá que «elevar la diligencia en la verificación de su realidad», añadiendo que «difícilmente podrá admitirse cuando no pueda mostrarse una vinculación con el guardado que se extienda mínimamente en su trayectoria vital anterior», mientras que «cuando se trata de una guarda de hecho en el entorno familiar más próximo…, la acreditación vendrá facilitada directamente por su ejercicio inmediatamente anterior, que en la generalidad de estos supuestos será por sí mismo notorio». A nuestro juicio, ahora bien, la convivencia en el mismo domicilio o la relación de parentesco entre guardado y guardador no son por sí solas pruebas suficientes en este sentido[385].

---

cierto papel como título de legitimación en el tráfico» –con esto último, sin embargo, no estamos nosotros de acuerdo–.

383 Así lo afirma también el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* (pp. 10-12), sin perjuicio de que en él exista luego una mezcla confusa –con específica referencia al ámbito de la operativa bancaria– entre guarda de carácter asistencial y guarda de carácter representativo, así como de aquélla con una cierta especie de apoderamiento («autorización») que el guardado puede hacer en favor del guardador.

384 *Vid.* p. 5 del citado *Documento interpretativo*.

385 *Vid.* pp. 5-6 del citado *Documento interpretativo*. En concreto en su p. 5, dice a este respecto que «la guarda de hecho, además de ponerse de manifiesto… a través del testimonio de su entorno familiar y social, se puede evidenciar, en cuanto a la convivencia y vínculo entre guardador y guardado, a través de muy diversas formas… como pueden ser, entre otras, el libro de familia, el historial de certificados de empadronamiento y de convivencia, informes de servicios sociales, informes de servicios públicos de salud y otros servicios públicos». El Derecho foral de Aragón, por su parte, establece hoy en el artículo 169-13 de su Código que, además de por declaración de la Junta de parientes o por acta de notoriedad, «*la guarda de hecho podrá acreditarse por cualesquiera medios de los admitidos en Derecho y, en particular, por haber ejercido la autoridad familiar sobre la*

Sentado lo cual, quedan dos precisiones muy importantes por hacer.

Una para advertir que, puesto que la discapacidad y la necesidad de apoyo son situaciones diferentes para cada persona, para que esta acta sea medio acreditativo hábil no basta con recoger en ella la existencia de una guarda de hecho genérica ejercida por una persona en relación con otra[386], sino que debe especificar en relación con qué actos o ámbitos se desarrolla esa labor de guarda[387]. De tal modo que los actos no incluidos en ella quedan fuera del ámbito de cobertura de la misma.

---

persona con discapacidad, por la convivencia en el mismo domicilio, la relación de parentesco dentro del cuarto grado o la condición de cónyuge o pareja estable no casada». A nuestro modo de ver, como ya hemos dicho, la mera convivencia en el domicilio, o la mera relación de parentesco dentro del cuarto grado, no deberían ser suficientes por sí solas a este respecto –en igual sentido, la SAP La Coruña (Secc. 4.ª) 24 de abril de 2023 (JUR 2023/285894)–.

386 En caso de ser varios los guardadores de hecho (*v. gr.*, los padres de un hijo con discapacidad; dos, o más, o todos los hijos de un padre senil; varios hermanos de quien padece una cierta discapacidad psíquica, etc), el acta deberá constatar la realidad de esa labor en relación con todos y cada uno de ellos. ¿Cómo, ahora bien –cabe entonces preguntarse–, se procederá en tal caso? ¿Solidariamente, mancomunadamente, por mayoría? En la doctrina no se ha prestado gran atención a esta cuestión, aunque tampoco es desconocida (*vid.* Ruiz-Rico, 2022, p. 289; De Verda, 2022, p. 97; Carrasco Perera, en centrodeestudiosdeconsumo.com, junio de 2021, p. 15; y el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias*, julio de 2023, p. 11). La cuestión, sin duda, debió ser tratada por la ley. Pero, aunque no lo ha hecho, una respuesta plausible a la misma creemos que se puede alcanzar recordando cuál es la función propia del apoyo que estamos aquí considerando –procurar a persona con discapacidad la asistencia precisa para que ésta pueda desarrollar su proceso de toma de decisiones en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad– y cayendo en la cuenta de que ésa no es una cuestión cuantitativa sino cualitativa. Pues, siendo así, nos parece cabe concluir que, aunque sean varias las personas que ejercen la guarda, como regla bastará que la asistencia haya sido prestada por una de ellas, siempre que efectivamente desempeñe esa función y lo haga además en relación con el asunto de que en el caso se trate. Es decir, que en caso de guarda de hecho plural, la actuación de los guardadores hay que considerar, al menos como regla, que será indistinta (solidaria) (así también Ruiz-Rico, 2022, p. 289; De Verda, 2022, p. 97). El *Documento interpretativo* citado, sin embargo, afirma en este punto (p. 11) que «la voluntad de la persona con discapacidad será el primer criterio a considerar… para resolver… la forma en que deberán conducirse los guardadores, si fueran varios, y, en defecto de ésta…, será aconsejable alcanzar acuerdos entre sí en los que, o bien se establezca la delegación de la interlocución en uno de ellos, o bien se acuerde la actuación indistinta». A nuestro juicio, los apuntados por este Documento, más que criterios para resolver el funcionamiento de una guarda de hecho plural, son criterios para determinar *a priori* quién ejerce en tales casos la guarda, y en relación con qué actos. El Código de Derecho foral de Aragón, por su parte, establece actualmente (art. 169-11) que «*los guardadores de hecho podrán actuar de manera conjunta o separada, según lo acordado*», aunque añadiendo a continuación que «*Respecto del tercero de buena fe, se presumirá que cada guardador actúa en el correcto ejercicio de sus funciones*».

387 En sentido semejante, Egusquiza, 2022, p. 1156. Con esto se rebate el temor de Cabanas Trejo, de que estas actas de notoriedad se conviertan en «títulos de legitimación» *ad extra* y *erga omnes* de alcance general, que es una de las razones que le llevan a rechazar el acta de notoriedad que aquí estamos viendo (en *notariosyregistradores.com* –III.1). Conviniendo en este punto destacar, además, que con la autorización de esta acta no se causa perjuicio ninguno a la persona con discapacidad, pues el guardador, aunque tenga esa acta en sus manos, no puede actuar en el tráfico en representación de aquella persona, ya que se trata de guarda de carácter asistencial.

La otra precisión es para advertir que, puesto que la guarda, al igual que la discapacidad, es una realidad que puede cambiar con el paso del tiempo, el valor acreditativo del acta que estamos viendo se encuentra a su vez condicionado por él. En sentido estricto, en efecto, la operatividad de tal acta sólo puede referirse al preciso momento en que el Notario la autoriza[388] (esto mismo vale para el Auto de jurisdicción voluntaria o el Decreto del Ministerio Fiscal en que se haya dejado constancia de la existencia de guarda, en los supuestos antes dichos). Procediendo con sentido realista, no obstante, cabe entender que su valor se mantendrá durante un cierto tiempo desde su fecha, aunque si, a pesar de que no haya transcurrido mucho, se suscita duda en la persona con quien la persona con discapacidad pretende realizar un acto o contrato, o en el Notario que va a autorizar la correspondiente escritura, puede requerirse nueva acta de notoriedad[389]. Lo que pone de manifiesto que esa acta será conveniente «actualizarla» periódicamente, tanto en relación con su vigencia como con su ámbito de operatividad –que puede también cambiar–[390].

Lo expuesto en las páginas precedentes sintetiza la cuestión de cuáles son los medios hábiles para acreditar la existencia de guarda de hecho en nuestro Ordenamiento hoy, *de lege lata*. Especialmente a través de acta de notoriedad, la prueba de la misma no debería encontrar obstáculos, y no debería por tanto llevar a que en la práctica, por este motivo, se sustituya una guarda de hecho existente por una curatela. *De lege ferenda*, en todo caso, nos parece sería conveniente introducir un medio más fácil para ello[391].

1.3 **Sobre cómo constatar y documentar el apoyo asistencial prestado por el guardador, cuando se da**

Sentado lo anterior, nos ocupamos ahora de otras cuestiones de la operativa diaria del tráfico que es preciso considerar también: una, cómo constatar que la persona de apoyo ha prestado a la persona con discapacidad la asistencia que ésta precisa; otra, determinar si la

---

388 Pues la guarda puede cambiar o extinguirse al instante siguiente: *vid.* el artículo 267 CC. Así lo apunta también Leciñena, RDC 2022, p. 278.

389 Con esto se rebate otro de los temores que lleva a Cabanas Trejo (en *notariosyregistradores.com* –III.1) a rechazar el acta de notoriedad que estamos viendo aquí.

390 Así lo apunta el *Documento interpretativo* cit., p. 6.

391 Para lo cual sería interesante considerar la fórmula prevista en el Derecho aragonés (art. 169-13.3 de su Código), que considera también como medio para acreditar la existencia de guarda, la declaración de la declaración de la Junta de Parientes de la persona con discapacidad realizada dentro de los dos años anteriores. Aunque, naturalmente, admitir esto en Derecho civil común requeriría hacer además otros cambios.

asistencia de la persona de apoyo, cuando se dé, se ha de reflejar en el mismo documento en que se recoja el acto que la persona con discapacidad pretende realizar o en un documento separado; y otra, ver si esa asistencia se ha de documentar de modo simultáneo al acto que se celebra, o puede hacerse con anterioridad.

Para responder a esas cuestiones de forma ordenada hemos de empezar planteándonos cómo pueden la otra parte o el Notario tener conocimiento de que la persona de apoyo ha prestado a la persona con discapacidad la asistencia oportuna para desarrollar ésta su propio proceso de razonamiento sobre el acto, contrato o negocio de que se trate, en igualdad de condiciones que las demás personas. Pues bien, partiendo de la base de que la actuación de la persona de apoyo se desenvuelve propiamente, no en el momento preciso en que la persona con discapacidad declara su voluntad en orden a realizar un acto sino durante el proceso de formación de la misma –proceso que puede alargarse en el tiempo y estar jalonado por diversas actuaciones, unas de mayor relevancia y apreciabilidad que otras pero todas importantes al efecto dicho–, de ahí se deriva que en la práctica será casi imposible que la otra parte o el Notario tengan conocimiento directo de que la asistencia en cuestión ha sido proporcionada a la persona con discapacidad. Adviértase, además, que esa imposibilidad no se puede salvar con una «actuación» en ese sentido que la persona de apoyo realice con la persona con discapacidad en presencia de la otra parte o del Notario, ya que esto no sería sino un «teatro», ni tampoco se puede salvar con una declaración por parte de la persona con discapacidad o de la persona de apoyo, ya que éstas serían simples manifestaciones suyas, que no demostrarían la realidad del apoyo que dicen ha existido. La cuestión hay que resolverla por vía de presunción, esto es, considerando que la concurrencia de la persona de apoyo al acto que realiza la persona con discapacidad o al otorgamiento de la escritura en que se documenta ese acto permite presumir que aquélla ha proporcionado a ésta la asistencia oportuna. Esta presunción, aunque no está formulada en la ley de modo explícito, pensamos hay que entenderla implícita.

Sentado esto, se plantea entonces la cuestión de cómo documentar ese apoyo. Pues, aunque sin duda lo más importante es que el apoyo asistencial haya existido, su reflejo documental es también importante, para dejar constancia de ello a los oportunos efectos probatorios –de otro modo, en caso de discusión al respecto la carga de la prueba recaerá sobre aquel a quien interesa: la parte sin

discapacidad–[392]. Conviene aquí recordar la idea, que ya quedó apuntada en su momento, de que los actos, contratos o negocios realizados por personas con discapacidad sin contar con el apoyo asistencial que precisan son impugnables, porque esta idea, leída *a contrario*, nos dice también que cuando esos actos, contrato o negocios han sido realizados por esas personas contando con tal apoyo no son impugnables sino firmes y definitivos desde que se realizan[393]: esto es así por cuanto el sistema actual reconoce a estas personas igual capacidad jurídica que a las demás, afirma que para actuar en la vida con igualdad real únicamente requieren tener neutralizada o compensada su discapacidad, y considera que esa neutralización o compensación se produce cuando la persona de apoyo la asiste en el proceso de formación de su voluntad. En razón de lo cual, la conveniencia de dejar constancia de que la persona con discapacidad ha contado con apoyo al realizar un acto resulta evidente. Pues bien, para lograr esa constancia bastará con reflejar en el documento de que se trate la concurrencia asertiva de la persona de apoyo, ya que a partir de ella surge la presunción antes dicha, que operará mientras no se vea desvirtuada –es una presunción *iuris tantum*–. Si esa presunción se desvirtúa, probándose que la asistencia efectivamente no se prestó, o que la que se prestó no fue en absoluto adecuada, el acto o contrato será anulable[394].

Pero, siendo eso así, en caso de acto que se pretenda recoger en instrumento público surge la siguiente pregunta: ¿debe el Notario reflejar la asistencia prestada por la persona de apoyo –el guardador

[392] Afirmar esto no supone contradicción con lo dicho en su momento sobre la no-necesidad ni procedencia de la intervención de la persona de apoyo en orden a la realización de un acto por parte de persona con discapacidad pero con discernimiento, pues una cosa es intervenir en el acto en sentido propio, y otra intervenir en la escritura, instrumento o documento.

[393] Así también De Salas Murillo, en *Diario La Ley*, núm. 9841, Sección doctrina, 3 de mayo de 2021, p. 3 (antes de la Ley 8/2021, sin embargo, esta autora se manifestaba en sentido distinto: 2020, p. 2251); Leciñena, 2021, p. 659, nota 829; también en 2022, p. 277; Pérez Gallardo, 2021, pp. 480-481. De este modo, el sistema finalmente resultante en la Ley 8/2021 conjura el peligro que Carrasco Perera denunciaba en relación con el Anteproyecto (2018, pp. 3-5); de hecho, así parece admitirlo más recientemente este mismo autor (2021, pp. 13-14). Se pronuncia en el sentido que hemos apuntado en el texto también Marín Calero (2022, pp. 128-130 y 281), aunque pensamos que este autor se excede al considerar que tampoco son impugnables los actos realizados «por la persona con discapacidad cuando no tenga prescrito un régimen de apoyos obligatorios, con independencia de que actúe sola» (p. 130; también en pp. 140 y 285; en sentido semejante, Messía De La Cerda, 2018, p. 503; y Alberruche, 2022, pp. 504-505).

[394] Así creemos que lo sostiene también Marín Calero, 2022, pp. 280-281. Para Tena Arregui, en caso de que el apoyo se haya prestado pero no sea suficiente, la respuesta jurídica es la nulidad del acto o contrato realizado (2022, pp. 41-43). A nuestro juicio, como ya hemos dicho en un momento anterior, el acto o contrato será anulable, no nulo. Leciñena, por su parte, considera que en caso de que la persona de apoyo no cumpla debidamente su función, eso sólo tendrá reflejo en la relación interna entre la persona de apoyo y la persona con discapacidad, sin permitir impugnar el acto o negocio realizado (2022, p. 277). Tampoco esto es correcto, a nuestro juicio.

de hecho, en nuestro caso– en la misma escritura o póliza en que documenta el acto o negocio que realiza la persona con discapacidad, o en un acta separada? A favor de recogerla en acta separada se ha aducido que el juicio que el Notario ha de hacer en tal escritura o póliza sobre la aptitud de las personas para ejercer su capacidad jurídica debe ser sintético, no descriptivo, ya que afecta a su intimidad[395], y por ello que en caso de que un otorgante precise apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y haya contado con él esto se debe documentar en acta separada[396]. Tal planteamiento, sin embargo, no nos parece atendible, porque si no se refleja en el mismo instrumento eso conlleva que la otra parte no tenga conocimiento de él, posibilitando que la parte con discapacidad, ocultando esa acta a aquélla, pueda luego pretender impugnar lo hecho. Por eso, al realizar un acto con persona con discapacidad, para la otra parte es importante, no sólo saber que aquélla ha formado su voluntad contando con el apoyo preciso sino también que quede constancia de ello[397]. La prestación de asistencia por parte de la persona de apoyo, por tanto, aunque se haga de forma sintética creemos que debe recogerse en la misma escritura o póliza, lo cual permitirá, en su caso, acreditarla fácilmente.

Lo dicho, en todo caso, no es exclusivo de los actos que se realizan ante Notario y se instrumentan en documento público. La cuestión se plantea igual cuando el acto se recoge en documento privado, y se resuelve con un tratamiento sustancialmente semejante: el apoyo habido se reflejará en ese mismo documento, con la firma de la persona de apoyo –en nuestro caso, el guardador de hecho–[398].

---

[395] Leciñena, sin embargo, considera que el Notario debe hacer constar en la escritura «que el compareciente, según lo manifestado o comprobado, padece una discapacidad intelectual» (RDC 2022, p. 267). Sigue en esto a Lora-Tamayo –en *El Notario del siglo xxi*, mayo-junio 2021, núm. 97, p. 43–, aunque este autor lo circunscribe al caso de que la persona con discapacidad comparezca ante el Notario sin tener medidas de apoyo.

[396] Así la Circular informativa 2/2021, de 1 de septiembre, de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, p. 4 –aunque propiamente en relación con «apoyos voluntarios»; en relación con testamentos, *vid.* p. 3–; también la Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, p. 4. En el mismo sentido, Marín Calero, 2022, pp. 39 y 41.

[397] Así lo apunta Cabanas Trejo, quien afirma que «la opción de no documentarlo [en la escritura] y limitarse a reflejar la conclusión final de que el otorgante es capaz para el acto o negocio es por completo rechazable…, ya que los contratos podrán ser anulados si se celebraron prescindiendo de aquellas medidas» (en *notariosyregistradores.com* –1.2); también en II.3), II.4), X.6 y X.9–). Y no cabe pensar que el Notario, al tiempo de autorizar el otorgamiento de la escritura, haga saber a la parte no-discapaz que ha habido apoyo, pero de palabra y sin quedar reflejo de ello en aquélla.

[398] Si en este caso no se cuenta con título formal que permita acreditar la condición de guardador, lo dicho dependerá de que aquél con quien la persona con discapacidad va a realizar el acto, contrato o negocio, conozca al guardador con quien ésta concurre al acto.

¿En qué momento procede documentar la asistencia de la persona de apoyo? El asunto merece cierta atención, pues aunque en la realidad esa documentación se hará prácticamente siempre de forma simultánea al acto que se realice –en el mismo documento en que se recoja éste, tal como acabamos de ver–, cabe no obstante preguntarse si podría documentarse también en un momento anterior.

En un plano puramente teórico la respuesta a esa pregunta ha de ser que, puesto que la asistencia de la persona de apoyo se presta realmente antes de fijar y declarar ésta su voluntad de realizar el acto de que se trate, su reflejo documental –en documento privado o en acta notarial– ha de ser posible también en ese momento[399].

En la práctica, sin embargo, esa respuesta requiere matización muy importante, pues, dado que no se puede documentar una asistencia abstracta sino concreta, ello exigirá que en el documento en que se recoja anticipadamente la asistencia prestada se determine de forma plena, o al menos suficiente, el acto en relación con el cual se ha prestado, y esto no será fácil ni común. No lo será, de un lado porque, si las partes tienen bien determinado el acto que quieren realizar, lo habitual será que lo realicen ya efectivamente, no que documenten el apoyo recibido por la parte con discapacidad para formar su voluntad al respecto pero dejando su realización para un momento posterior; y de otro lado porque, si postponen el acto y cuando llega el momento de realización efectiva del mismo se han producido cambios en la situación personal o patrimonial de la persona con discapacidad, o se pretende introducir alguna modificación en el acto proyectado, habrá entonces que considerar que el apoyo prestado en su día no es el adecuado, y habrá que volverlo a prestar[400].

1.4 **Sobre la calificación de los títulos que se presentan al Registro de la Propiedad, y los medios a emplear para ello por el Registrador**

Pasamos ahora a ocuparnos de los actos realizados por personas con discapacidad que precisan de apoyo asistencial, desde el punto de vista de su acceso al Registro de la Propiedad. ¿Cómo discurren

---

[399] Si se quiere documentar notarialmente de modo anticipado, deberá recogerse en acta, por no tratarse de una declaración de voluntad de la persona de apoyo, y menos aún una declaración de voluntad negocial (*vid.* el artículo 17.1 de la Ley del Notariado). PÉREZ GALLARDO, sin embargo, la califica como «declaración de voluntad» (2021, pp. 477 y 480).

[400] Salvo que la modificación o el cambio sean mínimos e insustanciales, pero esto, si se discute, habrá de ser resuelto ante los tribunales.

las cosas, cuando el contrato o negocio es un acto dispositivo de bienes inmuebles y éste se pretende inscribir en el Registro?

El precepto fundamental para responder a esta cuestión es el artículo 18 LH, que trata de la calificación registral, esto es de la tarea que los Registradores han de realizar en orden a verificar si los títulos que les son presentados cumplen o no con los requisitos de validez y eficacia necesarios para poder proceder a su inscripción –requisitos que se justifican porque, cuando los derechos resultantes de tales títulos se publican en el Registro, el Ordenamiento establece una serie de ventajas importantes para los titulares de los mismos[401], así como también importantes efectos para los terceros[402]–. Pues bien, prescribe ese precepto que «*los Registradores calificarán… la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro*». Se distinguen en él dos planos: ámbito de la calificación, uno; y medios para llevarla a cabo, otro.

Por cuanto hace al primero –ámbito de la calificación–, son tres las cuestiones que comprende: legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, capacidad de los otorgantes, y validez de los actos que se presentan al Registro. De ellas, en este punto nos interesan la segunda y la tercera. Decimos que también la tercera porque, aunque bajo el imperio del sistema anterior, que distinguía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, el asunto que aquí estamos viendo se llevaba naturalmente al terreno de la capacidad de los otorgantes, en el sistema actual, que ha eliminado la noción de capacidad de obrar y que no permite exclusiones ni limitaciones a la capacidad jurídica (en el nuevo entendimiento de la misma), puede pensarse que encaja mejor en el terreno de la validez de tales actos[403]. Lo cual ciertamente era planteable también en el sistema anterior –porque la falta de capacidad de obrar afectaba a la validez del acto realizado–, aunque entonces resultaba más natural referirla a la segunda cuestión apuntada, por ser la que estaba más específicamente dedicada a ello. Hoy sin embargo la situación es distinta, y por ello se puede pensar que resulta más atinado llevar el asunto al terreno de la validez del acto. No nos empeñamos nosotros, en todo caso, en este punto: a nuestro modo de ver, tanto cabe llevarla a la segunda como a la tercera cuestión referidas, pues, sea cual sea

401 Principalmente la presunción de exactitud y la acción real registral.
402 En especial la inoponibilidad de lo no inscrito y la fe pública registral.
403 Así parece entenderlo también De Salas Murillo, 2021, p. 956.

la opción que se prefiera, a efectos prácticos no supone diferencia ninguna. Lo importante es tener claro que el Registrador, al calificar, debe seguir prestando atención a este asunto. Pues bien, sobre la base de lo dicho tenemos entonces que ningún obstáculo habrá para que el acto dispositivo realizado por persona con discapacidad acceda al Registro cuando lo haya realizado contando con el apoyo asistencial que precisa, pero que cuando se haya realizado sin contar con él la respuesta será la contraria, porque aunque, como ya vimos, la falta de apoyo no impide su realización, sí lo hace impugnable, y los actos que no son plenamente válidos no pueden acceder al Registro. Es así porque, en razón de las ventajas y efectos particulares que la inscripción lleva aparejados, para acceder un acto al Registro se requiere que éste no adolezca de defectos de validez. El acto realizado por persona con discapacidad sin contar con el apoyo asistencial oportuno, por tanto, no se puede inscribir[404], sino que el Registrador debe suspender su inscripción –no denegarla, porque ese defecto se puede subsanar[405]–. Afirmación, ésta, que no resulta incompatible con el hecho de que el acto en cuestión se haya documentado en escritura pública, pues ocurre simplemente que aquí hay que distinguir el plano civil-sustantivo del plano civil-registral, y que si bien en el primero no hay impedimento para que la persona con discapacidad pueda realizar ante Notario un acto sin apoyo –acto que además tendrá eficacia mientras no se impugne en tiempo y forma–, en el segundo no puede decirse lo mismo de su inscripción[406].

---

[404] García Ruiz De Huidobro –aunque este autor hace referencia sólo a medidas de apoyo voluntario o judicial– (2021, pp. 522-523) y De Salas Murillo, 2021, p. 956.

[405] Gimeno Gómez-Lafuente, 2022, pp. 1374-1375 y 1380-1381. Esa subsanación se producirá si la parte con discapacidad confirma el acto realizado contando, al confirmar, con la asistencia de la correspondiente medida de apoyo, o si lo confirma habiendo desaparecido la discapacidad.

[406] Así Gómez Gálligo, 2021, pp. 495-497 –sin perjuicio de que en esas páginas se contengan algunas afirmaciones que no compartimos–. En sentido contrario a lo dicho se muestra sin embargo Lora-Tamayo, quien entiende que el acto realizado por persona con discapacidad sin el apoyo oportuno, aun siendo anulable, debe tener acceso al Registro (2021, pp. 263-264). Las razones que aduce para ello son las siguientes: *a)* que la escritura presentada al Registro se ha autorizado porque el Notario ha estimado que la persona otorgante tiene capacidad suficiente para ello, lo que significa que la medida de apoyo no era precisa en ese caso; *b)* que la ley concede legitimación para impugnar los actos realizados por persona con discapacidad sólo a tal persona y, en caso especial, a la persona de apoyo, siendo así que si el Registrador no accediera a la inscripción de tal acto eso supone que los estaría sustituyendo en ese sentido; *c)* que negar la inscripción supone convertir la existencia de medidas de apoyo en prohibiciones de contratar para las personas con discapacidad, lo que es contrario al principio de no privar de derechos a éstas; *d)* que, dado que la persona con discapacidad puede prescindir voluntariamente de las medidas de apoyo que tiene, el Registrador no le puede imponer su utilización por la vía de denegar la inscripción del acto realizado. No convenimos nosotros, sin embargo, con este planteamiento. Empezando por la razón señalada con la letra *a)*, porque parte de una premisa que no nos parece válida: que el Notario sólo autorizará escritura si la persona que comparece ante él sin apoyo no tiene discapacidad en relación con el acto de que se trate en el

Pasamos ahora al segundo de los planos apuntados: los medios a emplear por el Registrador para la calificación. A este respecto nos encontramos con que el artículo 18 LH establece, en términos generales, que el Registrador calificará atendiendo a «*lo que resulte de [las escrituras presentadas] y de los asientos del Registro*». Pero, ¿cómo lo hará en nuestro caso concreto, esto es cuando se trata de acto realizado por persona con discapacidad cuya medida de apoyo existe de hecho pero no está establecida formalmente?

De entrada tenemos que, si de la propia escritura resulta que el acto se ha realizado por persona con discapacidad sin contar con apoyo –porque el Notario, según vimos, habrá autorizado esa escritura si las partes así lo han querido no obstante la advertencia que les haya formulado, pero haciendo constar en ella tal circunstancia–, no se planteará dificultad en orden a su calificación: al Registrador le bastaría incluso con atender sólo a la escritura, pues de ella misma se deriva la impugnabilidad del acto, procediendo en consecuencia a suspender la inscripción y extender nota expresando la causa de ello[407].

Pero, ¿y si de la escritura no resulta nada en ese sentido porque, aun teniendo discapacidad uno de los otorgantes, el Notario no lo advirtió y el guardador no concurrió al otorgamiento? Desde luego, el artículo 18 LH establece que la calificación ha de hacerse atendiendo también a lo que resulte de los asientos del Registro. Lo que ocurre es que en este caso eso no es de tanta ayuda como a primera vista podría parecer, porque, aunque es cierto que si una medida de

---

momento de otorgamiento de aquélla, y por tanto que, si la ha autorizado, es porque en ese momento esa persona no tenía discapacidad relevante a ese efecto. A nuestro entender, tal como ya hemos dicho en momento anterior, no es así: el Notario, si la persona con discapacidad tiene discernimiento suficiente para entender el acto o contrato de que se trate, debe autorizar la escritura aunque no concurra la persona de apoyo, pero eso no supone que aquélla no precise apoyo para neutralizar su discapacidad y así poder proceder en igualdad de condiciones que las demás personas: el acto realizado, por tanto, es anulable, y, siéndolo, no debe inscribirse. Y, por cuanto hace a las razones apuntadas sub *b)*, *c)* y *d)*, no nos parecen atendibles porque el Registrador, al no acceder a inscribir, no está sustituyendo a la persona con discapacidad o a la persona de apoyo a efecto semejante al de impugnar el acto realizado, ni está prohibiendo contratar a la persona con discapacidad, ni le está imponiendo contra su voluntad la utilización de una medida de apoyo que no quiere emplear, sino que simplemente está impidiendo el acceso de tales actos al Registro: debe tenerse presente aquí lo dicho antes sobre la necesidad de distinguir entre el plano civil sustantivo y el plano registral: el acto no se puede inscribir ni puede alcanzar las ventajas y efectos del Registro, pero sí se puede realizar, y en el plano estrictamente civil surtirá los efectos que le sean propios.

[407] En este punto, afirma Gómez Gálligo que «si a la persona con discapacidad se le ha nombrado (*sic*) un guardador de hecho sin funciones representativas como medida informal de apoyo…, su no intervención en el acto o negocio jurídico cuya inscripción se pretende no será causa de suspensión o denegación» (2021, p. 496). Se trata, sin embargo, de unas palabras que creemos condicionadas por su idea de que la guarda de hecho asistencial –no representativa– es una medida cuya existencia no constará al Registrador.

apoyo se ha inscrito en el Registro de la Propiedad[408] el Registrador puede y debe calificar la escritura que se le presente atendiendo, además de a ella, a lo que resulte de los asientos de ese Libro –y a lo que resulte del Índice central informatizado[409]–, ocurre que eso no es predicable del caso concreto de guarda, ya que ésta, al ser una medida de apoyo de hecho, no tiene acceso al Registro de la Propiedad[410]. ¿Supone ello que en este caso el Registrador ha de calificar atendiendo sólo a lo que resulte de la escritura? Si es así, la consecuencia es que la «capacidad de filtrado» de la calificación registral se verá menguada, con consiguiente afectación negativa a la seguridad del tráfico. ¿Puede hacerse algo para que no sea así? Para que no ocurra de ese modo sólo cabe plantear que el Registrador obtenga información en tal sentido del Registro Civil *ex* artículo 84 de la Ley reguladora de éste, que tras su reforma por la Ley 8/2021 establece que «*los funcionarios públicos* [entre los cuales están comprendidos los Registradores] *podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1.b) del artículo 83* [entre ellos, las medidas de apoyo a personas con discapacidad existentes] *cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar*

[408] Hoy sólo en el Libro sobre administración y disposición de bienes. Hoy la toma de razón de las resoluciones que establezcan tales medidas no se hace también, como se hacía antes de la Ley 8/2021, en el Libro de inscripciones –*i.e.*, en los asientos correspondientes a los bienes sobre los que las personas tengan derecho–, sino sólo en el Libro sobre administración y disposición de bienes (arts. 2.4.º y 242.bis LH). Aunque hay aquí que tener presente también que hoy, tras la Ley 8/2021, la comunicación al Registro de la Propiedad de las resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo sólo se hará por parte del Secretario judicial «*a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituído*» (art. 755 LEC, tras su reforma por la Ley 8/2021), lo que supone que en muchos casos –la mayoría, seguramente– tal comunicación no se producirá, y en consecuencia que los libros del Registro de la Propiedad no proporcionarán información en este sentido al Registrador.

[409] Este Índice, que está a cargo del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes muebles de España, se nutre con la información que desde todos los Registros de la Propiedad existentes se le remite diariamente sobre los asientos practicados en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles de cada uno de ellos, entre los cuales están los atinentes a medidas de apoyo a personas con discapacidad (art. 242.bis LH, introducido por la Ley 8/2021). Y a ese Indice tienen acceso directo todos los Registradores, lo que supone que, al tiempo de calificar cualquier título que se les presente, pueden conocer la existencia de medidas de apoyo establecidas en relación con las personas otorgantes del mismo que hayan accedido a un Registro de la Propiedad cualquiera de España, aunque las mismas no se hayan inscrito en el Registro propio.

[410] Sólo lo tienen las medidas de apoyo formales. Las judiciales, sin duda: *vid.* los artículos 2.4.º LH y 755 LEC. Pero no únicamente las establecidas en procedimiento contencioso –que es el procedimiento regulado propiamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que remite el artículo 2.4.º LH–, sino también, como apunta De Salas Murillo, las establecidas en procedimiento de jurisdicción voluntaria tramitado a tal efecto, por ser éste paso previo a aquél (2021, pp. 937 y 945-947; en el mismo sentido se pronuncia Domínguez Luelmo, 2021, pp. 1111-1113). En relación con las medidas de apoyo voluntarias, en cambio, la cuestión no es pacífica: De Salas Murillo considera que quedan excluidas de ese Registro, de tal modo que sólo se pueden inscribir en el Registro Civil (*op. et loc. cit.*); Domínguez Luelmo (2021, pp. 1114-1117) y García Ruiz De Huidobro (2021, p. 517, nota 2), por el contrario, consideran que sí tienen acceso a él.

la existencia o el contenido de medidas de apoyo». Pero, ¿qué supone esto en nuestro caso? Para responder, conviene considerar la cuestión en un doble plano.

El primero es éste: ¿tienen los Registradores de la Propiedad deber de consultar el Registro Civil en orden a realizar su labor de calificación? Con base en los artículos 18 LH y 84 LEC puede pensarse que sí, pues, como hemos visto, el primero de ellos establece que es función suya calificar la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos que se pretendan inscribir, al tiempo que el segundo posibilita expresamente a los funcionarios públicos acceder a esos datos del Registro Civil cuando los mismos resulten necesarios para el ejercicio de su función[411]. Personalmente, sin embargo, no entendemos sea así mientras los Registradores no tengan acceso directo al Registro Civil –cosa que está prevista pero que todavía no es posible–, pareciéndonos que la consulta al mismo hoy por hoy no es para ellos un deber sino una posibilidad[412] –de la que harán uso cuando por alguna razón lo consideren necesario, oportuno o conveniente[413], aunque esto no será fácil que ocurra cuando se trata de guarda de hecho, ya que tal razón no resultará de la escritura presentada, ni del Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles del Registro de la Propiedad de que se trate, ni del Índice central informatizado–.

El segundo plano, que parte de suponer que la consulta al Registro Civil por parte del Registrador de la Propiedad se realiza efectivamente, nos lleva a considerar que en caso de guarda de hecho nos encontraremos con cuatro situaciones posibles.

Una se produce cuando existe guarda de hecho, la misma no está anotada en el Registro Civil, la persona con discapacidad comparece al otorgamiento de escritura sin ir acompañada del

---

411 En este sentido, si bien es razonable entender que al redactarse el artículo 18 LH el legislador pensaba propiamente en el Registro de la Propiedad, no puede tampoco obviarse que la redacción de ese precepto es del año 1946, y por tanto que resulta plausible considerar que el mismo ha de ser hoy entendido a la luz de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley del Registro Civil obra de la Ley 8/2021, de modo que esa referencia al Registro queda ampliada, comprendiendo ahora también el Registro Civil. Así parece considerarlo De Salas Murillo, pues, aunque no lo dice explícitamente, en este tema insiste en varias ocasiones en que el Registrador tiene acceso al Registro Civil (2021, pp. 937 y 943-944); en contra de tal idea se manifiesta sin embargo Gimeno Gómez-Lafuente, quien circunscribe la calificación registral a lo que resulte de los libros del Registro de la Propiedad (además de, naturalmente, la escritura presentada) (2022, p. 1374).

412 Es frecuente en este punto ver afirmado que los Registradores de la Propiedad harán tal consulta al Registro Civil cuando éste se digitalice y sea factible acceder a él directamente, por vía telemática –afirmación, ésta, que se puede apoyar en la letra del artículo 8.2 de la Ley del Registro Civil–. Ese acceso directo, sin embargo, no es todavía factible.

413 Esta consulta se articula hoy mediante solicitud dirigida al Registro Civil, a la que éste contesta proporcionando al Registrador de la Propiedad la información solicitada.

guardador, y el Notario no advierte su discapacidad. En este supuesto, ahora bien, la cuestión discurre con facilidad desde el punto de vista de la operativa práctica: el Notario, por su parte, autorizará la escritura sin más, y el Registrador, por la suya, la calificará positivamente y la inscribirá, ya que no tendrá elemento ninguno que le lleve a hacerlo de otro modo –repárese en que el Registrador no tendrá en su presencia a la persona con discapacidad que ha otorgado la escritura, lo que excluye que pueda advertir personalmente esa circunstancia–. Lo cual no obsta, naturalmente, para que si el acto en cuestión se impugna luego por haberse realizado sin el apoyo preciso, el hecho de haberse inscrito no lo convalide *ex* artículo 33 LH.

Otra situación tiene lugar cuando existe guarda de hecho y, aunque su existencia no está anotada en el Registro Civil, el guardador concurre con la persona con discapacidad al otorgamiento de la escritura, de tal modo que el Notario, tras constatar la realidad de esa guarda y su adecuación al acto pretendido[414], autoriza la escritura reflejando en ella la concurrencia asertiva del guardador. En este caso el Registrador calificará ateniéndose igualmente a lo que resulta de la escritura, ya que no existen otros elementos que pueda considerar a ese efecto, y, dado que en esa escritura el Notario ha recogido que el otorgante es persona con discapacidad pero que al otorgamiento de la misma ha concurrido quien de hecho ejerce su guarda de carácter asistencial, el Registrador deberá en consecuencia calificar positivamente la escritura presentada y practicar la inscripción solicitada.

La tercera situación acontece cuando existe guarda de hecho, está anotada en el Registro Civil, el guardador concurre al otorgamiento junto con la persona con discapacidad y el Notario lo refleja así en la escritura. En este caso no se plantea tampoco dificultad para la calificación y subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad, si lo recogido en la escritura se corresponde con el contenido de la anotación existente en el Registro Civil.

Finalmente la cuarta situación, que se da cuando lo recogido en la escritura por el Notario no se corresponde con lo que resulta de la anotación existente en el Registro Civil, lo que puede deberse, bien a que la guarda de hecho existe y está anotada en el Registro Civil pero el guardador no concurre al otorgamiento de la escritura, bien a que el Notario recoge en la escritura la concurrencia al acto del guardador y la correspondencia del apoyo que efectivamente presta con el acto en cuestión –esto es, que ese acto entra dentro del ámbito en que aquella guarda opera–, pero el

414 En los términos vistos en su momento en el trabajo.

alcance con que la guarda figura anotada en el Registro Civil no se corresponde con el concreto acto realizado. Estos supuestos son los que realmente plantean dificultad desde la perspectiva que ahora estamos viendo: ¿qué debe hacer el Registrador de la Propiedad, cuando advierte que lo recogido en la escritura no se corresponde con lo que resulta del Registro Civil? ¿Debe calificar positivamente el título que se le presenta y proceder a su inscripción, o no? La respuesta pasa por advertir que la toma de razón en el Registro Civil de la existencia de guarda de hecho no se practica en asiento de inscripción sino de anotación, que es asiento que no tiene valor probatorio sino meramente informativo[415] y cuyo contenido no se presume exacto, pues ello determina que lo que resulte de la escritura presentada debe prevalecer sobre lo que figure en el Registro Civil, ya que la guarda de hecho anotada puede no existir ya, o haber cambiado su alcance. El Registrador, por tanto, al calificar, debe atender prevalentemente a lo que resulte de la escritura.

Sentado todo lo cual, recapitulamos lo dicho en los términos siguientes: que, en caso de acto realizado por persona con discapacidad cuya medida de apoyo sea un guardador de hecho, al Registrador, para calificar, le basta con atender a la escritura que se le haya presentado, porque, esté o no anotada esa guarda en el Registro Civil, su consulta no le proporciona dato relevante seguro ninguno en ese sentido: es así, si la guarda de hecho no está anotada, por hipótesis; si lo está y el acto realizado y documentado en escritura pública es concorde con el alcance de la guarda reflejada en ese asiento, por resultar superfluo; y si lo está y lo reflejado en la escritura no concuerda con lo recogido en el Registro Civil, porque éste no se presume exacto, de modo que lo recogido en la escritura ha de prevalecer.

2. EN CASO DE APOYO REPRESENTATIVO

2.1 **Sobre la realización de actos o negocios por parte del guardador en representación de la persona guardada, y su documentación**

En este caso quien interviene y realiza el acto –en representación de la persona con discapacidad– es la persona de apoyo, en nuestro caso el guardador, por lo que la atención del Notario autorizante –cuando se pretenda la documentación del mismo en

[415] Artículo 40 de la Ley del Registro Civil.

escritura pública– o de la otra parte del acto –si no se quiere escritura pública– ha de centrarse principalmente en él. A tal efecto, ahora bien, conviene distinguir según se trate de actos para cuya realización se requiere autorización judicial –que es la regla en tema de guarda–, o por el contrario no se requiere –excepción a esa regla–.

En el primer caso la cuestión es clara: procederá presentar, a la otra parte o al Notario, testimonio del Auto judicial en que se haya concedido autorización para actuar en representación y realizar ese acto, porque ese Auto, además de para acreditar tal autorización sirve también para acreditar la condición de guardador del compareciente: es así porque, como ya vimos en su momento, en la tramitación del expediente que está en la base del mismo tiene el Juez que comprobar, como paso previo a la autorización, la realidad de la guarda, la identidad del guardador y el alcance de la función que desempeña, y así lo habrá reflejado en ese Auto[416]. El Notario o la otra parte no tendrán pues, en este caso, que hacer comprobación ulterior ninguna a ese respecto, sino sólo valorar la suficiencia para ese acto de la representación conferida y reseñar en la escritura o en el documento lo relativo a la guarda y a la autorización recogidas en el Auto[417]. Si no se presenta la oportuna autorización judicial el Notario no autorizará el otorgamiento de la escritura, o lo hará pero quedando la eficacia de la misma supeditada a su obtención.

Esto dicho, se plantea entonces la siguiente pregunta: ¿deben el Notario o la otra parte, en orden a autorizar la escritura o a realizar el acto de que se trate, requerir la presencia de la persona con discapacidad en cuyo nombre va a actuar el guardador? Dijimos en su momento que el criterio primero por el que en nuestro Ordenamiento actual hay que guiarse en caso de medidas de apoyo de carácter representativo es el del interés objetivo de la persona con discapacidad, pero que eso no obstante deben también tenerse en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de ésta, o su trayectoria vital, creencias y valores. Pues bien, siendo así parece lógico entender que el nuevo sistema pide contar con la presencia de la persona con discapacidad al tiempo de realizar el acto siempre que sea posible –lo cual en la práctica puede entenderse de forma más o menos amplia–, para así poder tener mejor en cuenta su voluntad, deseos, preferencias, trayectoria vital,

[416] Así De Salas Murillo, 2021, p. 980; y Marín Calero, 2022, pp. 58, 88 y 231.

[417] Cabanas Trejo, en *notariosyregistradores.com* –VI.2–; Pérez Gallardo, 2021, pp. 487-488 (con referencia al caso de curatela, pero aplicable al de guarda de hecho por analogía).

creencias y valores[418] –en la medida en que ello sea razonable y conciliable, claro está, con lo dispuesto en la autorización judicial–. Lo cual ciertamente puede complicar mucho el asunto, pero es lo que requiere el sistema actual.

En el segundo caso –actos para cuya realización no se exige autorización judicial– la cuestión es más compleja. Es verdad que se trata de actos de importancia menor y que generalmente no se documentan, pero eso no obstante requieren atención. Pues bien, tenemos aquí que para su realización y eventual documentación se precisa lo siguiente. Primero, el Notario –si el acto se quiere recoger en escritura pública, cosa inusual pero posible– o la otra parte –si no es así– han de verificar que la persona en cuyo nombre se pretende realizar el acto no cuenta con discernimiento suficiente en ese sentido –esto es, que no tiene capacidad natural de entender y querer–, para lo cual habrán de tener en su presencia a la persona en cuestión: recuérdese que en nuestro sistema actual esta situación es considerada excepcional, y que además en la guarda de hecho, a diferencia de lo que ocurre en la curatela, no hay resolución judicial previa que determine los actos en que la persona de apoyo ha de asumir la representación de la persona con discapacidad[419]. En segundo lugar han de verificar que la persona que concurre para realizar el acto en representación de la persona con discapacidad es efectivamente su guardador de hecho, así como que el acto en cuestión entra en su «campo de actuación»: esto se hará con los medios más arriba vistos, fundamentalmente con acta de notoriedad[420]. En tercer lugar, han de comprobar que el acto de que se trata no es de los que requieren autorización judicial –lo cual puede en ocasiones implicar cierta dosis de discrecionalidad (aunque la Jurisprudencia, con el tiempo, irá perfilando la cuestión)–. Y, por último, han de indagar si la persona discapaz se manifiesta abiertamente en contra de la realización de ese acto, pues si es así y se trata de una oposición razonable, el acto no debería realizarse. Hecho todo lo cual, tanto en la escritura que se otorgue –cuando tal sea el caso– como en el documento privado que se haga –cuando se haya optado por éste– convendrá reseñar el documento acreditativo de la guarda y reflejar los demás aspectos apuntados.

---

418 En este sentido, Marín Calero considera que el acto en cuestión no deberá autorizarse o celebrarse cuando esta persona se manifieste abiertamente contraria a ello (2022, pp. 57 y 232).

419 *Vid.* artículo 269 CC. El juicio que el Notario haga a este respecto en caso de guarda es susceptible de impugnación, naturalmente, pero en principio contará con una presunción legal a su favor.

420 Así también Marín Calero, 2022, p. 58.

2.2 Sobre la calificación de los actos realizados por el guardador representativo, cuando se pretenden inscribir en el Registro de la Propiedad

Aquí la cosa es fácil si el acto que se trata de inscribir se ha documentado en escritura pública, pues en ella el Notario habrá reflejado la condición de guardador representativo del otorgante y, en su caso, la correspondiente autorización o aprobación judicial. Resultando entonces que el Registrador tendrá simplemente que calificar, además de lo común, la correspondencia entre el acto efectivamente realizado y el autorizado o aprobado por el Juez, lo que hará atendiendo a lo que resulte de la escritura presentada y de los libros del Registro de la Propiedad[421].

Menos clara resulta la cuestión si se trata de acto con relevancia jurídico-real cuya realización no requiere autorización judicial y que la ley permite inscribir mediante documento privado ratificado por la persona interesada ante el Registrador –*v. gr.*, la cancelación de usufructo a instancia del nudo propietario, por muerte del usufructuario (art. 193 RH)–. ¿Puede esto hacerlo el guardador de hecho representativo? La dificultad deriva de que para ello se requiere que el Registrador verifique la legitimación en ese sentido de quien comparece ante él, pero esta dificultad pensamos se puede salvar si ante el Registrador comparecen el guardador de hecho –provisto de título formal que acredite su condición de tal– y la persona con discapacidad, esta última a fin de que el Registrador verifique su efectiva falta de juicio para entender y querer el acto que se pretende realizar, así como que no se manifiesta justificadamente en contra de la realización de ese acto. En la actualidad, ahora bien, esta hipótesis resulta excepcional, ya que el párrafo tercero del artículo 264 CC requiere para ello que se trate de actos de «escasa relevancia económica», y los actos relativos a inmuebles difícilmente admiten tal valoración.

VI. LAS SALVAGUARDAS O MEDIDAS DE CONTROL DE LA GUARDA DE HECHO

Llegados a este punto, quedan por analizar las salvaguardas o medidas de control contempladas por la ley en relación con la guarda de hecho. Salvaguardas que no resultan incompatibles con

[421] Nótese que el Auto de autorización o aprobación del acto, con la verificación de la condición de guardador que va implícita en él, no se inscribe en el Registro Civil.

la naturaleza fáctica de esta figura, pues una cosa es que su existencia y funcionamiento se produzcan en buena medida por vía de hecho, y otra que se mantenga enteramente al margen de control jurídico. Esto último no tiene porqué ser así, ni es así hoy en España: es más, si así fuera, el reconocimiento de la guarda de hecho como figura regular de apoyo a las personas con discapacidad no se atendría a lo exigido por la Convención de Nueva York, ya que ésta prescribe –artículo 12.4– que «*los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas*»[422]. Y la procedencia de tales salvaguardas es fácil de entender: toda obra humana –y la jurídica lo es– precisa mecanismos que procuren su buen funcionamiento y supervisen que, al aplicarse, se acomoda a la idea con que se diseñó, y que en caso de no ser así permitan su corrección.

Para llevar a cabo este análisis, conviene acometer una doble tarea. Una, determinar cuál es el objetivo propio de esas salvaguardas o medidas de control. Otra, precisar cómo se articulan esas salvaguardas en nuestro Ordenamiento: no se olvide que lo dispuesto en este sentido en la Convención de Nueva York es un mandato principial, que cada Estado debe concretar.

Por cuanto hace a la primera de esas tareas, tenemos que la doctrina española mayoritaria, apoyándose en lo dispuesto en la citada Convención –que el Preámbulo (I) de la Ley 8/2021 transcribe literalmente– y en lo dicho por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en su Observación general núm. 1, considera que el objetivo propio de las salvaguardas o medidas de control es «asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona [con discapacidad]», o asegurar el respeto de «la mejor interpretación posible de su voluntad y sus

[422] Así se reconoce desde antes de la Ley 8/2021: *vid.*, entre otros, Fábrega, 2006, p. 35; Leciñena, 2015, p. 34, nota 29; De Salas Murillo, en *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, mayo 2018, p. 100; Díaz Pardo, 2022, pp. 327-328. En este punto nos parece que en ocasiones no se han interpretado bien las palabras de Pau Pedrón cuando dice que «la nueva regulación de la guarda de hecho cambia el enfoque: su esencia no debe quedar caracterizada por el control (…) la esencia de la guarda de hecho debe ser la libre actuación del guardador» (RDC. 2018, vol. V, núm. 3, pp. 19-20). No se han interpretado bien, porque este autor no se pronuncia en contra de la existencia de medidas de control en caso de guarda sino que simplemente advierte –él escribe en 2018, cuando la actual regulación en tema de personas con discapacidad estaba empezando a tramitarse– contra la judicialización total o excesiva de esta figura. Pero una cosa es eso, y otra excluir radicalmente las medidas de control y la intervención judicial. Esto no es lo que plantea PAU. Prueba de ello es que a continuación de lo anterior escribe que «la esencia de la guarda de hecho debe ser la libre actuación del guardador, salvo que se requiera autorización judicial para realizar actos jurídicos representativos, [en cuyo caso] deberá obtener la autorización correspondiente, pero sin que pueda exigirse la incoación de un procedimiento general de provisión de apoyos»; y que, aunque «su esencia no debe quedar caracterizada por el control», «siempre cabrá la posibilidad de control si no se ejercita adecuadamente».

preferencias»[423]. Y es que, se añade, la Convención de Nueva York ha impuesto a los Estados el establecimiento de salvaguardas «con el fin de asegurar que las medidas de apoyo no suponen el regreso por la puerta de atrás a los sistemas sustitutivos de la capacidad de obrar que se quieren expulsar del nuevo sistema»[424].

No pudiendo rechazarse frontalmente tal planteamiento, a nuestro entender, sin embargo, requiere algunas matizaciones. Por lo siguiente.

Por cuanto hace a la primera de las dos consideraciones en que tal planteamiento se cifra –que el objetivo propio de las salvaguardas es asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, o de la mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias–, porque, si la misma se toma estrictamente, con ella se desemboca en una configuración de las salvaguardas excesivamente cerrada, centrada en una sola de sus varias posibles manifestaciones a costa de omitir o dejar en un segundo plano otras[425]. Y es que ése no es el objetivo único de las salvaguardas. Nótese que tanto la Convención de Nueva York como el Preámbulo de la Ley 8/2021 desenvuelven su regulación diciendo que las salvaguardas han de buscar «*impedir los abusos [de las personas con discapacidad]*» así como asegurar el respeto a «*los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*», «*que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida*», «*que [las medidas de apoyo] sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona*», «*que se apliquen en el plazo más corto posible*», y «*que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*»[426]. Aquél no es, pues, sino uno de esos objetivos, importante sin duda, pero no el único.

---

[423] García Rubio, 2017, p. 11. En el mismo sentido, Andréu Martínez, 2018, p. 535; Leciñena, 2021, p. 671; García Rubio Torres Costas, 2022, p. 218; Nieto Alonso, 2022, pp. 311-312.

[424] García Rubio, 2017, p. 11.

[425] Esto creemos que viene propiciado, en cierta medida, por la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, que como es sabido presenta un contenido más radical que la Convención. *Vid.*, en este sentido, el número 20 de esa Observación, que dice que «*el objetivo principal de esas salvaguardas debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona [con discapacidad]*».

[426] Artículo 12.4 de la Convención: «*Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias*

Y, por cuanto hace a la segunda consideración –que las salvaguardas se establecen con el fin de asegurar que las medidas de apoyo no suponen el regreso por la puerta de atrás a los sistemas sustitutivos de la capacidad de obrar–, porque ese fin hay que entender ya lo ha tenido presente y efectuado nuestro legislador al diseñar un sistema que con carácter general dispone unos apoyos a las personas con discapacidad de función meramente asistencial, lo que significa que, sin perjuicio de proporcionarles asistencia para que puedan formar su voluntad en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, en todo caso reconoce a aquéllas, y en exclusiva, la iniciativa y la decisión para realizar actos y negocios jurídicos, no teniendo la persona de apoyo conferida por la ley representación para actuar en su nombre. Esto supone, por tanto, que esas medidas de apoyo, si se desenvuelven con arreglo a lo previsto en la ley, ya aseguran un sistema distinto del anterior, por lo que carece entonces de sentido que el legislador disponga salvaguardas para evitar la vuelta al mismo[427].

Las afirmaciones de la doctrina antes referidas nos parece por ello que se deben matizar, en el sentido de entender que la finalidad propia de las salvaguardas no es sólo asegurar el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad sino, más en general, controlar que las medidas de apoyo –la guarda de hecho, en nuestro caso–, al aplicarse a la realidad, se ajustan a los principios que inspiran la actual regulación y al régimen concreto que el legislador ha establecido para ellas. «Las medidas de control –se ha escrito en este sentido con referencia particular a nuestro caso– son el sistema para supervisar si la persona con discapacidad está bien atendida en el ámbito del ejercicio de su capacidad jurídica por parte de su guardador de hecho. Es decir –se añade–, controlar si la medida de apoyo es suficiente, es adecuada y está bien ejercitada»[428]. Idea, ésta, que además se ajusta a lo que a este respecto, aunque hablando de las medidas de apoyo en general, se apunta tanto en la Convención de Nueva York –en su artículo 12.4–

serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

[427] Siempre, claro está, que los casos de apoyo representativo se den realmente en nuestro Derecho de forma excepcional, pero esto es otra cosa. Por nuestra parte, ya hemos dicho en algún momento anterior que no estamos convencidos de que las personas que precisen «apoyo representativo» sean tan excepcionales como se quiere.

[428] Ferrer Vanrell, 2022, p. 611. Una postura intermedia, entre la mayoritaria antes expuesta y ésta, es quizá la de Castro-Girona, quien dice que las salvaguardas tienen una doble vertiente: por un lado, positiva, para garantizar el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; y por otro lado negativa, para evitar abusos mediante mecanismos de control, estableciendo un régimen adecuado de control de los actos de las personas encargadas del apoyo o asistencia en el ejercicio de la capacidad (2016, p. 40).

como en el Preámbulo de la Ley 8/2021 –núm. I–: obsérvese que ambos, al referirse a la finalidad de las salvaguardas, mencionan en primer lugar «*impedir los abusos [de las personas con discapacidad], de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos*».

Esto dicho, pasamos entonces a la segunda de las tareas apuntadas: ¿cómo se articula en nuestro Ordenamiento esa finalidad? Las medidas a través de las cuales se hace son numerosas y de índole diversa, por lo que, para facilitar su exposición, las estructuraremos atendiendo al criterio de si se trata de salvaguardas legales o judiciales[429].

1. SALVAGUARDAS LEGALES

Hablamos de salvaguardas legales para referirnos a las que vienen dispuestas directamente por la ley, que por tanto son imperativas y están operativas siempre. Estas salvaguardas son las siguientes –un cierto número de ellas las tomamos de las dispuestas propiamente en relación con la curatela, procediendo por analogía o interpretación extensiva–:

– Prohibición de desempeñar guarda de hecho a quien en virtud de relación contractual preste servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa apoyo (art. 250, párrafo último, CC).

– Prohibición de ser guardador a quien ha sido excluido en tal sentido por la persona con discapacidad; a quien por resolución judicial está privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda y protección (total o parcialmente); a quien ha sido legalmente removido de una tutela, curatela o guarda anterior; a quien ha sido condenado por delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la labor de apoyo; a quien tiene conflicto de intereses –permanente, o muy frecuente– con la persona que precisa apoyo[430]; al administrador que ha sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación de procedimiento concursal; y a quien le sea imputable la declaración

[429] También pueden considerarse otros criterios –por ejemplo, si la persona de apoyo cuya actuación se busca controlar desempeña función asistencial o representativa, o si las salvaguardas en cuestión se aplican *a priori* o *a posteriori*–, pero para nuestro propósito ahora nos parece mejor el criterio que hemos elegido.

[430] Este conflicto de intereses debe ser permanente o muy frecuente, pues de otro modo se resuelve con el nombramiento puntual de defensor judicial y no impide que aquella persona sea guardador.

como culpable de un concurso, salvo que la labor de apoyo lo sea solamente de la persona (art. 275 CC[431]).

– Prohibición, al guardador, de recibir liberalidades de la persona guardada o de sus causahabientes mientras esté llevando a cabo su gestión (salvo regalos de costumbre o bienes de escaso valor)[432]; de prestar apoyo en relación con un acto, cuando en él intervenga también el guardador en nombre propio o de tercero y exista conflicto de intereses; y de adquirir por título oneroso bienes de la persona guardada, o transmitirle bienes por igual título (art. 251 CC)[433]. Esta última prohibición la reitera el artículo 1459.1.º CC en relación con el guardador que desempeña función representativa, prohibiéndole adquirir por compra, tanto por sí como por persona intermedia, bienes de la persona con discapacidad guardada, aunque sea en subasta pública o judicial[434].

– Ineficacia de la disposición testamentaria hecha por la persona guardada a favor del guardador representativo, salvo que lo haya sido después de la extinción de esa guarda[435] o que el guardador sea pariente con derecho a suceder *ab intestato* (art. 753, párrafos primero y cuarto, CC)[436].

– Exigencia de autorización judicial para actuar el guardador en representación de la persona con discapacidad guardada, salvo en los casos exceptuados legalmente en ese sentido (arts. 264 y 287 CC).

---

[431] Ruiz-Rico, sin embargo, considera que lo dispuesto en este precepto no es trasladable bajo ningún concepto a la guarda de hecho (2022, p. 302). Sobre ese artículo, *vid.* Ammerman Yebra, 2022, pp. 387-393, y Munar Bernat, 2023, pp. 1900-1906.

[432] El artículo 251 CC dice «*mientras no se apruebe definitivamente su gestión*», pero esto, que tiene sentido en caso de curatela o defensor judicial –pues éstos han de rendir cuentas de su gestión obligatoriamente–, no lo tiene tanto en caso de guarda de hecho, en el que sólo habrá rendición de cuentas si el Juez lo exige. Por eso creemos que la norma debe adaptarse, en el sentido dicho.

[433] STS 23 de enero de 2023 (RJ 2023/2350). Sobre ese precepto, *vid.* García Rubio, 2022, pp. 239-244; Id.: 2023, pp. 1692-1698.

[434] Sobre este precepto, *vid.* Martín Pérez, 2022, pp. 709-713, e Infante Ruiz, 2023 pp. 6628-6635 (este último autor extiende la aplicación de esta norma a las personas de apoyo no representativo).

[435] En razón del propósito de la norma y de los intereses en juego, esta previsión debe referirse a la extinción de la guarda desempeñada por la concreta persona a cuyo favor se ha hecho la disposición testamentaria, no a la extinción en términos absolutos de la guarda de tal persona con discapacidad, como sin embargo el artículo 753, párrafo primero, del Código civil parece decir.

[436] Sobre este precepto, *vid.* Mesa Marrero (2022, pp. 539-544), aunque esta autora, procediendo con criterio estrictamente literal, considera que esta norma es aplicable sólo al tutor y al curador representativo, no al guardador de hecho representativo (p. 542). Por nuestra parte, no convenimos con esta autora en este punto, pues la identidad de razón que hay en ambos casos nos parece justifica la analogía o la aplicación extensiva de la norma.

– Exigencia de aprobación judicial para la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el guardador representativo (art. 289 CC, por analogía).

Las expuestas son las salvaguardas legales aplicables a la guarda de hecho en nuestro Ordenamiento. ¿Cuál es la sanción que procede en caso de infracción de las mismas? Para responder a esto conviene distinguir casos, por la heterogeneidad de los mismos.

En este sentido tenemos, en primer lugar, las prohibiciones de desempeñar guarda establecidas en los artículos 250 y 275 CC, que se justifican porque en tales supuestos hay peligro de captación de voluntad u otras razones que hacen plausible pensar que esa persona no desempeñará el apoyo adecuadamente. Pues bien, en este caso la sanción es que los actos realizados serán impugnables. Si el apoyo prestado ha sido de carácter asistencial, mediante acción de anulabilidad, pues hay que considerar que en verdad el acto se ha realizado sin apoyo, ya que el proporcionado por quien legalmente tiene prohibido hacerlo no puede ser considerado jurídicamente como tal[437]. Si el apoyo ha sido de carácter representativo, en cambio, la infracción se traducirá en aplicar al acto en cuestión el tratamiento previsto en el artículo 1259 CC para los realizados en nombre de otro por quien no tiene conferida su representación, ni voluntaria ni legalmente[438]. Y además, en ambos casos, se podrá instar la remoción de esa persona del desempeño de la función de guardador[439].

En segundo lugar las prohibiciones establecidas en los artículos 251 y 1459.1.º CC, en relación con los cuales se discute el concreto régimen de invalidez de los actos realizados infringiéndolas, habiendo quienes propugnan su nulidad radical –en base a que son actos *contra legem*: artículo 6.3 CC[440]– y quienes sostienen su anulabilidad –en razón de la índole privada de los intereses en juego–[441]. A nuestro parecer, la postura más adecuada es la segunda.

---

[437] Anulabilidad, según dijimos en su momento –*supra* III.3.– es el tratamiento que nuestro Ordenamiento actual dispensa a tales actos *de lege lata*, aunque también dijimos que, *de lege ferenda*, debería a nuestro juicio en este caso disponerse su rescindibilidad.

[438] Aunque este supuesto será poco probable que se dé en la práctica, porque el Juez, al advertir esas circunstancias durante la tramitación del expediente para conceder la necesaria autorización –como ya hemos visto, la autorización judicial es como regla necesaria–, no la concederá, lo que hace muy difícil que el acto en cuestión pueda producirse. Y los actos que pueden realizarse sin autorización judicial, como sabemos, son muy pocos, y además de muy escasa importancia.

[439] Lo que conllevará el nombramiento de otra persona como apoyo, normalmente un curador.

[440] Carrasco Perera, 2022, p. 254.

[441] Al respecto, *vid.* Martín Pérez, 2022, pp. 712-713; García Rubio, 2022, pp. 240; Id.: 2023, p. 1693; Infante Ruiz, 2023, p. 6634.

En tercer lugar el caso de disposición testamentaria hecha por la persona guardada a favor de su guardador representativo, cuya sanción, tal como el propio artículo 753 CC establece, es la ineficacia de la misma. Lo que puede tener como consecuencia la entrada en juego de una sustitución vulgar, del derecho de acrecer o de la sucesión intestada con respecto a tal disposición, según las circunstancias del caso.

Y finalmente la exigencia de autorización o aprobación judicial para la realización de actos por el guardador en representación de la persona con discapacidad, en los que la sanción aplicable a los que se realicen sin contar con ella, como vimos en su momento, es su anulabilidad.

2. SALVAGUARDAS JUDICIALES

Hablamos de salvaguardas judiciales para hacer referencia a aquellas que, aunque tienen base legal, para su existencia y operatividad efectiva requieren ser dispuestas por un Juez en cada caso –son potestativas suyas– a través de expediente de jurisdicción voluntaria. En principio pueden adoptarse de oficio[442], pero por lo común, en razón de la naturaleza fáctica de la guarda, el Juez precisará que alguien –el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad o quien tenga interés legítimo: artículo 52, números 1 y 2, LJV– le dé traslado de la existencia de aquélla (cosa que normalmente ocurrirá sólo cuando tales personas adviertan actuaciones del guardador que estimen sospechosas, negligentes, irregulares o indebidas[443]). Una vez acaecido ese traslado –siguen diciendo esos números del artículo 52 LJV–, podrá el Juez adoptar medidas al respecto previa comparecencia de la persona guardada, del guardador y del Ministerio Fiscal, si bien hay que entender que puede además solicitar informe pericial y citar a cuantas otras personas considere necesario oír –pues, aunque literalmente referido a la concesión de autorización judicial en los casos en que ésta es exigida por la ley, así se establece en el número 3 de ese mismo precepto–.

---

442 Artículo 265, párrafo primero, CC.

443 Así lo apuntaban, ya antes de la Ley 8/2021, Sancho Gargallo, 2000, p. 235; y Pérez Monge, 2016, pp. 1356-1357. Con respecto a las actuaciones irregulares o indebidas, la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su apartado 22 destaca especialmente que «*aunque todas las personas pueden ser objeto de influencia indebida, este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones*», añadiendo que «*se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación…*».

Estas salvaguardas judiciales son las siguientes.

De entrada, dispone el artículo 249, párrafo cuarto, CC, que el Juez puede dictar las medidas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de la guarda de hecho se ajusta a los principios y criterios de la ley, y en particular que atiende a la voluntad, deseos y preferencias de la persona guardada. Con respecto a estas medidas, a las que tanta referencia se hace por la generalidad de la doctrina, hay que apuntar aquí que su importancia real en la práctica se ve sin embargo relativizada por cuanto su establecimiento no es imperativo sino que depende de la decisión potestativa de un Juez. Lo que se explica porque, tal como ya se ha dicho, para que las cosas sean como se quiere que sean ya ha dispuesto el legislador un sistema de apoyos de carácter fundamentalmente asistencial, que por su propia configuración da validez y preeminencia a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Esto es lo que hace que no sea indispensable que un Juez provea medidas en ese sentido[444].

La mencionada en ese párrafo del artículo 249 CC, en todo caso, es una salvaguarda judicial prevista con carácter general para todas las medidas de apoyo. Si tratamos de concretar las salvaguardas judiciales aplicables a la guarda de hecho, nos encontramos con las siguientes:

– Requerir el Juez al guardador, en cualquier momento, y tanto de oficio como a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, informe de la situación personal y patrimonial en que se encuentra la persona con discapacidad guardada, y de su actuación al respecto (arts. 265, párrafo primero, CC, y 52.1 LJV)[445]. Este es, precisamente, el contexto en que nos parece encuentra más sentido la Disposición Adicional única de la Ley 1/2009, cuyo número 3 establece que «*… el guardador de hecho estará[n] legitimado[s] para solicitar y obtener de los organismos públicos la información*

[444] Esto hace también que no resulte descabellado entender que esta disposición particular del párrafo último del artículo 249 CC, aunque se puede mantener sin problema –«más vale que sobre que no que falte»–, en realidad no es sino un *topos* que nuestro legislador, tan imbuido de los postulados sociológicos del momento, emplea de forma contínua, y en ocasiones de forma innecesaria o sin demasiado tino. Esa previsión normativa o salvaguarda, por tanto, hay que tomarla con cierta soltura.

[445] Medida enteramente semejante a ésa se contemplaba, bajo el imperio del sistema anterior, en el artículo 303.1 CC, en su redacción de entonces. Sobre este precepto, *vid.* Lete, 1985, pp. 489-490; Rogel, 1991, p. 865; Martínez Díe, 1999, pp. 199-200; Fábrega, 2006, pp. 35-36 y 38-39 –quien indicaba que entre esas medidas podían estar el examen médico y la exploración judicial de la persona con discapacidad, la solicitud de informes sociales, extractos de cuentas corrientes, certificaciones registrales, informes de peritos contables, etc.–; Pérez Monge, 2016, p. 1355; Lescano, 2017, pp. 76-77.

jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones»[446].

– Establecer en cualquier momento, y tanto de oficio como a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, las salvaguardas o medidas de control y vigilancia que estime necesarias en relación con la actuación del guardador (art. 265, párrafo primero, CC, y art. 52.2 LJV)[447]. Entre las cuales están las siguientes: exigir al guardador que presente inventario de los bienes de la persona guardada (art. 285 CC, por analogía)[448]; exigirle, cuando actúe con carácter representativo, que deposite en establecimiento destinado al efecto el dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que el Letrado de la Administración de Justicia estime no deben quedar en poder del guardador (art. 285 CC, por analogía); y exigirle, cuando concurran razones excepcionales que lo hagan necesario, que preste fianza para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones (art. 284 CC, por analogía).

– Exigir al guardador, en cualquier momento –*i.e.*, tanto durante el desempeño de su labor de apoyo como al término de la misma–, que rinda cuentas de su actuación (art. 265, párrafo segundo, CC).

– Nombrar defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan (art. 264, párrafo cuarto, CC), en particular cuando en relación con un acto exista conflicto de intereses entre el guardador y la persona guardada, aunque también puede ser por otras causas.

– Remover de la guarda a quien durante el desempeño de la misma incurra en causa legal de inhabilidad –las del artículo 275 CC–, o se conduzca mal en ella por incumplimiento de los

---

[446] Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. Sobre esa Disposición Adicional y su interpretación, *vid.* Rivera Alvarez, 2010, pp. 997 ss.; Leciñena, 2015, pp. 86-89; Lescano, 2017, pp. 137-139.

[447] Medida enteramente semejante se establecía, bajo el imperio del sistema anterior, en el artículo 303.1 CC, en su redacción de entonces. Sobre ello, *vid.* Moreno Quesada, RDP 1985, pp. 326-328; Bercovitz, 1986, p. 789; Rogel, 1991, pp. 865-866; Martínez Díe, 1999, pp. 200-201; Sancho Gargallo, 2000, pp. 235-236; Fábrega, 2006, pp. 35-36; Jiménez Muñoz, 2010, p. 630; Berrocal Lanzarot, RCDI 2010, pp. 2865-2866; Parra Lucán, 2014, p. 2490; Lescano, 2017, pp. 77-81.

[448] En relación con el inventario, establece el artículo 285 CC que el curador representativo tiene obligación de hacerlo, de lo cual se deriva, en una lectura *a contrario*, que en caso de curador asistencial –hipótesis que, como sabemos, es la regla en el actual sistema–, sólo será obligatorio cuando el Juez lo exija. En caso de guardador, ahora bien, sólo tendrá éste tal obligación cuando el Juez se lo exija, sea cual sea la función –asistencial o representativa– que desempeñe: esto es connatural a la naturaleza fáctica de esta medida de apoyo.

deberes propios de la misma o por ineptitud notoria en su ejercicio, o cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados con la persona guardada (art. 278 CC, por analogía)[449]. Todo lo cual llevará aparejado, como regla, el nombramiento de medida de apoyo judicial, esto es, de curador.

– Extinguir la guarda de hecho, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, cuando así lo considere conveniente (art. 267.4.º CC).

Estas son las medidas judiciales que pueden darse en nuestro Ordenamiento en caso de guarda de hecho, y su infracción constituirá incumplimiento de un mandato establecido por un Juez, que se sancionará aplicando las consecuencias que en cada caso fije la ley.

* * *

Llegados aquí, han quedado vistas todas las salvaguardas o medidas de control aplicables a la guarda de hecho en nuestro Ordenamiento. Las cuales, consideradas de modo global, configuran un conjunto que cumple claramente con las prescripciones de la Convención de Nueva York y de nuestra Ley 8/2021, de impedir abusos de las personas con discapacidad, de asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de éstas, y de procurar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

Pero no sólo eso, sino que esas salvaguardas cumplen también con el objetivo de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona, aplicarse en el plazo más corto posible, y estar sujetas a exámenes periódicos por parte de órgano judicial competente, independiente e imparcial. Y es que, aunque evidentemente esas prescripciones están pensadas más propiamente para medidas de apoyo establecidas formalmente, se cumplen también en la guarda de hecho. Pues, que la guarda sea proporcional y adaptada a las circunstancias de cada persona es algo inherente a la propia configuración de la figura y del sistema. Que se aplique en el plazo más breve posible encuentra también respaldo en la propia

[449] Sobre el artículo 278 CC, *vid.* Ammerman Yebra, 2022, pp. 403-406. El artículo 275.3 del Código civil, literalmente tomado, establece que el Juez no podrá nombrar curador –salvo que concurran circunstancias excepcionales debidamente motivadas– a quien haya sido condenado por delito que haga suponer fundadamente que no la desempeñará bien; tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo; sea administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación de procedimiento concursal; o le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la guarda lo sea solamente de la persona. En caso de guarda, aunque no hay nombramiento, cabe no obstante dar relevancia a tales situaciones considerándolas causas de remoción del guardador en quien concurran, cuando de hecho ya esté desempeñando esa función –salvo que el Juez estime que en el caso hay circunstancias excepcionales que lo justifican–. En cuanto al procedimiento a seguir para la remoción, *vid.* los artículos 43 y 49 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

ley, ya que ésta establece que la guarda se extingue cuando la persona guardada solicita que el apoyo se organice de otro modo, cuando desaparecen las causas que la han motivado, y además cuando la autoridad judicial así lo considera conveniente. Y que esté sometida a exámenes periódicos se cumple en la medida en que el Juez competente, como hemos visto, puede establecer los que considere oportunos en ese sentido –aunque aquí hay que advertir también que las medidas judiciales de control que se establezcan en caso de guarda de hecho no debe pretenderse sean de carácter generalizado y constante, pues ello resulta inconciliable con la esencia de esta figura y denota además un recelo hacia la misma que no procede: recuérdese que hoy la guarda de hecho es una medida de apoyo que cuenta con respaldo legal[450]–.

BIBLIOGRAFÍA

Alberruche Díaz-Flores, María Mercedes: «La eficacia de los contratos celebrados por las personas protegidas», en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. Pereña Vicente), edit. Dykinson, Madrid 2018, pp. 379-395.

— «El régimen de ineficacia en nuestro Ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente y Heras Hernández), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 497-520.

Afonso Rodríguez, Elvira: «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», en *Actualidad Civil*, 1995-2, núm. 17/24, 30 abril 1995, sección Doctrina (XVII), pp. 317-331.

Alegret Burgués, María Eugenia: «La protección de las personas vulnerables desde el punto de vista judicial», en *La protección de las personas vulnerables (Academia Notarial Europea. Jornadas CAE de la UINL)* (coord. Carrión), edit. Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, pp. 45-54.

Álvarez Lata, Natalia y Seoane, José Antonio: «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Revista Derecho privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 11-66.

Álvarez Lata, Natalia: en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero), vol. III, Edit. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 831-1073.

— «Límite a la restitución debida por persona con discapacidad (antes de la reforma), tras la nulidad contractual. Comentario a la STS de 21 de marzo de 2023 (RJ 2023/2350)», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 123, septiembre-diciembre 2023, pp. 221-230.

[450] Así lo advierten Leciñena, 2021, p. 670; Díaz Pardo, 2022, pp. 328-329; y Nieto Alonso, 2022, p. 315. En sentido semejante, aunque de modo excesivo, también Solé Resina, 2021, p. 386.

AMMERMAN YEBRA, Julia: *ad* artículos 275 y 278, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 387-393 y 403-406.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, edit. Reus, Madrid 2019.

ANDRÉU MARTÍNEZ, María Belén: «La protección de las personas mayores diez años después de la entrada en vigor de la convención de la ONU de protección de las personas con discapacidad: del procedimiento de modificación de la capacidad al modelo de apoyos», en *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2018, pp. 527-552.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL*, Madrid 2018.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Validez o invalidez de los contratos celebrados por personas de edad avanzada con deficiencias cognitivas, a la luz de la Ley 8/2021», en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad* (dir. Leciñena Ibarra), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 137-156.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: ad artículo 306, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. Amorós-Bercovitz), edit. Tecnos, Madrid 1986, pp. 784-794.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, núm. 722, pp. 2844-2874.

BOTELLO HERMOSA, Pedro: «La Ley Orgánica 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro Ordenamiento jurídico», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 615-638.

CABANAS TREJO, Ricardo: «Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial», en https://www.notariosyregistradores.com.

CARRASCO PERERA, Ángel: «Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad», en http://centrodeestudiosdeconsumo.com (publicación 12 de octubre de 2018) pp. 1-5.

— «Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores», en http://centrodeestudiosdeconsumo.com (publicación 30 de junio de 2021), pp. 1-16.

— «Contratación por discapacitados con y sin apoyos», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. Álvarez Lata), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 239-275.

CARRIÓN, Pedro: *Jornada de la CAE celebrada en Barcelona, en la sede del Ilustre Colegio notarial de Cataluña, el 20 de noviembre de 2915, bajo el título La protección de las personas vulnerables*, en *La protección de las personas vulnerables (Academia Notarial Europea. Jornadas CAE de la UINL)* (coord. Carrión), edit. Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, pp. 55-61.

CERRADA MORENO, Manuel: *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Castro-Girona Martínez, Almudena: «Función social del notariado en la defensa de los más vulnerables», en *La protección de las personas vulnerables (Academia Notarial Europea. Jornadas CAE de la UINL)* (coord. Carrión), edit. Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, pp. 33-44.

Corral García, Eduardo: «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho civil: en especial, el papel del Notario como garante de la capacidad de los mayores», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46, abril-junio 2003, pp. 27-66.

Delgado Bueno, Santiago y Ruiz De La Cuesta, José María: «Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación», en *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. González Poveda-Picón Martín), edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, pp. 23-115.

Delgado Echeverría, Jesús: «Venta por representante legal sin autorización judicial», en *Tratado de la compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, dir. Carrasco, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, t. I, pp. 287-292.

Díaz Alabart, Silvia: «El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda», en *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad)* (dir. por Díaz Alabart), edit. PyCH Asociados, Madrid 2004.

— «La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas», en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2013, pp. 3-24.

Díaz Pardo, Gloria: «Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente, Heras Hernández), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 307-340.

Díez-Picazo, Luis (dir.): *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela* (Bercovitz-Rogel-Cabanillas-Caffarena), Fundación General Mediterránea, 1977.

Domínguez Luelmo, Andrés: en *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero), edit. Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 1075-1117.

— *Reforma de la Ley Hipotecaria*, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. de Verda), edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 637-653.

Escalonilla Morales, Blanca: «Aspecto personal de las instituciones protectoras de las personas incapacitadas», en *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. González Poveda y Picón Martín), edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, pp. 277-310.

Egusquiza Balmaseda, María Ángeles: «La reforma del régimen de la anulabilidad», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 1151-1180.

Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, edit. Ramón Areces, Madrid 2006.

Fernández Campos, Juan Antonio: «Mandatos y poderes preventivos en el contexto del envejecimiento activo y de la Ley 8/2021», en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad* (dir. Leciñena Ibarra), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 51-90.

FERRER VANRELL, María Pilar: «Las medidas informales de apoyo. Especial referencia a la guarda de hecho», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 599-620.

GARCÍA ALGUACIL, María José: *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, edit. Reus, Madrid 2016.

GARCÍA GOLDAR, Mónica: *ad* artículo 294, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 463-464.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», en *Actualidad Civil*, tomo 1999-2, núm. 21, pp. 553-581.

GARCÍA RUBIO, María Paz: «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006», en *Propostas de modernización do Direito* (dir. García Goldar y Ammerman Yebra), edit. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela 2017, pp. 7-18.

— *ad* artículos 250, 251, 1263, 1291.1, 1299.2 y 1301, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 223-244, 623-644.

— *ad* artículo 251, en *Comentarios al Código civil* (dir. Cañizares), t. I, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2023, pp. 1692-1698.

— «Los desafíos del nuevo modelo de discapacidad y las reticencias para aceptar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad cognitiva, intelectual o psicosocial», en *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones* (dir. Espejo-Cerdeira), edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 27-41.

GARCÍA RUBIO, María Paz y TORRES COSTAS, María Eugenia: ad artículo 249, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio-Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 207-219.

GARCÍA RUBIO, María Paz y VARELA CASTRO, Ignacio: ad artículo 1302, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 645-668.

GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO, Alberto: «La Ley 8/2021, de 2 de junio, y el Registro de la Propiedad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 513-527.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: *ad* artículos 1291 y 1296, en *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz), t. VII, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2013, pp. 9203-9209 y 9227.

GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen: *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental* (coord. Gete-Alonso), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2003.

— «Paternalismo y autonomía en la noción legal de capacidad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 33-53.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis: «Inscripción y publicidad de los bienes y personas con discapacidad», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 1355-1414.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Discapacidad y Registro de la Propiedad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 493-511.

GÓMEZ GARZÁS, Jesús: «El juicio notarial de capacidad: Especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo alzheimer y otros trastornos afines», en *La protección de las personas mayores* (dir. Lasarte), edit. Tecnos, Madrid 2007, pp. 216-233.

GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel: «La *testamentifactio* activa: una reivindicación de la intervención de las medidas de apoyo en el negocio testamentario», en *Revista de Derecho Civil*, 2023, núm. 5, pp. 93-171.

GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, edit. Tecnos, Madrid 1986.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, edit. McGraw-Hill, Aravaca 1996.

— en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero), vol. III, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 511-551 y 787-815.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Capacidad jurídica y capacidad de obrar», en *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. González Poveda y Picón Martín), edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, pp. 13-22.

HERMIDA LINARES, Mariano: «La inscripción de las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1952, pp. 20-26 y 442-448.

IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa», en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. Muñiz Espada), edit. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid 2020, pp. 141-174.

INFANTE RUIZ, Francisco José: *ad* artículo 1459, en *Comentarios al Código civil* (dir. Cañizares), t. IV, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2013, pp. 6628-6635.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el Derecho común y los Derechos catalán y aragonés», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. De Salas Murillo), edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 623-650.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, Madrid 2007.

LAUROBA LACASA, María Elena: en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero), vol. III, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 980-987.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión: *La guarda de hecho de las personas mayores*, edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2015.

— en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero), vol. III, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 647-678.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Revista de Derecho Civil*, vol. IX-1, enero-marzo 2022, pp. 257-293.

LEGERÉN MOLINA, Antonio: «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos», en *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. De Salas Murillo-Mayor del Hoyo), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2019, pp. 165-212.

LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael: «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, edit. Consejo General del Notariado-Cívitas, Madrid 2000, pp. 149-218.

LESCANO FERIA, Patricia A.: *La guarda de hecho*, edit. Dykinson, Madrid 2017.

LETE DEL RÍO, José Manuel: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo), edit. Edersa 2.ª ed., Madrid 1985, t. IV, pp. 484-493.

LÓPEZ BARBA, Elena: *Capacidad jurídica: el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, edit. Dykinson, Madrid 2020.

— «La protección del patrimonio de las personas con discapacidad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 593-616.

LÓPEZ CÁNOVAS, Ángeles: «Ángulos muertos y espacios con sombra en el ejercicio de la acción de anulabilidad de los contratos celebrados por personas mayores con discapacidad, vulnerables por razón de edad», en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad* (dir. Leciñena Ibarra), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 157-176.

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «El apoyo notarial a la persona discapacitada en la ley que reforma los preceptos del Código civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica», en *El Notario del siglo XXI*, mayo-junio 2021, núm. 97, pp. 38-45.

— *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, edit. Francis Lefebvre, Madrid 2021.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta: «La guardadora de hecho», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado* (dir. García Rubio-Valpuesta Fernández), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2011, pp. 605-636.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «Comentarios al Anteproyecto de ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 199-225.

MARÍN CALERO, Carlos: *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho civil*, edit. Aferre, Barcelona 2022.

MARÍN VELARDE, Asunción: «La discapacidad: su delimitación jurídica», en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. Muñiz Espada), edit. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid 2020, pp. 37-68.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio: ad artículo 1459.1, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 157-176.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2014.

— «La protección jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad psíquica», en *La protección de las personas vulnerables (Academia Notarial Europea. Jornadas CAE de la UINL)*, (coord. Carrión), edit. Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, pp. 19-25.

— «La Observación general primera del Comité de derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 85-112.

MARTÍNEZ DÍE, Rafael: «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. González Poveda-Picón Martín), edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.

— «La formulación notarial del Derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, edit. Consejo General del Notariado-Cívitas, Madrid 2000, pp. 27-44.

— «Conclusiones», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, edit. Consejo General del Notariado-Cívitas, Madrid 2000, pp. 333-335.

MESA MARRERO, Carolina: ad artículo 753, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio-Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 539-544.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A.: «La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad», en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. Pereña), edit. Dykinson, Madrid 2018, pp. 495-510.

— «La incidencia de la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en el Registro de la Propiedad y en el Registro Civil», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente-Heras Hernández), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 387-406.

MONJE BALMASEDA, Óscar: «Capacidad para contratar», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 1117-1132.

MORENO QUESADA, Bernardo: «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril 1985, pp. 307-330.

— *ad* artículo 1295, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo y Díaz Alabart), edit. Edersa 2.ª ed., Madrid 1995, t. XVII-2, pp. 193-223.

MORETÓN SANZ, María Fernanda: «El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones efectuadas bajo su responsabilidad», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. De Salas Murillo), edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 849-890.

MUNAR BERNAT, Pedro A.: *ad* artículo 287, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 433-442.

— *ad* artículo 275, en *Comentarios al Código civil* (dir. Cañizares), t. II, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2023, pp. 1900-1906.

MUÑOZ CALVO, Alberto: «Registro y discapacidad. Perspectivas de futuro», en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. Muñiz Espada), edit. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid 2020, pp. 421-431.

NIETO ALONSO, Antonia: *ad* artículos 263-265, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 295-315.

NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen: «La guarda de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1999, pp. 428-448.

NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, edit. Dykinson, Madrid 2014.

PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores: «Guarda de hecho, curatela o defensor judicial; buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 417-430.

PALLARÉS NEILA, Javier: «La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica», en *Actualidad Civil*, núm. 3, Sección Persona y derechos (La Ley 3308/2020), marzo 2020, pp. 1-20.

— «El ejercicio de la nueva curatela», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Pereña Vicente y Heras Hernández), Tirant lo blanch 2022, pp. 257-280.

PALOMINO DÍEZ, Isabel: «La flexibilidad de la protección de los "*majeurs protègès*" en Derecho francés. Comparativa con el Derecho español», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, edit. Consejo General del Notariado-Cívitas, Madrid 2000, pp. 351-368.

PARRA LUCÁN, María Angeles: *ad* artículos 303-304, en *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz), t. II, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2013, pp. 2531-2549.

— «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. De Salas Murillo), edit. Dykinson, Madrid 2013, pp. 211-264.

— «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. Díez-Picazo), t. II, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2014, pp. 2481-2509.

PAU PEDRÓN, Antonio: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 5-28.

— «Prólogo», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 13-14.

Pereña Vicente, Montserrat: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre 2018), pp. 61-83.

— «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Pereña Vicente y Heras Hernández), Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 155-184.

Pérez Gallardo, Leonardo: «La comparecencia asistida en el instrumento público notarial: especial referencia a la curatela asistencial», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 473-491.

Pérez Monge, Marina: *ad* artículos 303-306, en *Código civil comentado* (dir. Cañizares-de Pablo-Orduña-Valpuesta), vol. I, edit. Cívitas-Thomson Reuters, 2.ª ed., Cizur Menor 2016, pp. 1347-1363.

Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen: «La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», en *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 2009, pp. 335-368.

Rams Albesa, Joaquín: «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexiones sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 2011, núm. 723, pp. 211-296.

Rivera Alvarez, Joaquín María: «¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?» en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. De Salas Murillo), edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 997-1022.

— *Las personas jurídicas de apoyo a la discapacidad. Una interpretación principialista en la encrucijada de la reforma legislativa de las instituciones tutelares*, edit. Ramón Areces, Madrid 2021.

Rogel Vide, Carlos: *ad* artículos 303-306, en *Comentario del Código civil* (dir. Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz, Salvador), t. I, edit. Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pp. 860-871.

Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel: «La guarda de hecho. Características básicas y condiciones de funcionamiento. Supuestos posibles de guarda de hecho», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, edit. Atelier, Barcelona 2022, pp. 271-290.

— «El régimen jurídico de la guarda de hecho», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, edit. Atelier, Barcelona 2022, pp. 291-308.

Salas Murillo, Sofía de: «Repensar la curatela», en *Derecho Privado y Constitución*, 2013, núm. 27, pp. 11-48.

— «Significado jurídico del "apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, mayo 2018, pp. 71-120.

— «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 780, pp. 2227-2268.

— «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos», en *Diario La Ley*, núm. 9841, mayo 2021, pp. 1-9.

SALAS MURILLO, Sofía de: «Inscripción y anotación preventiva de resoluciones judiciales y medidas previstas en las leyes que afecten a la libre administración y disposición de los bienes», en *Tratado de Derecho Inmobiliario registral* (dir. Del Rey Barba, Espejo Lerdo de Tejada), t. I, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2021, pp. 931-990.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, octubre-diciembre 2020, pp. 385-428.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alicia: «La publicidad registral, personas y discapacidad», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 1277-1305.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Emma: «Principales novedades introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 1307-1331.

SANCHO GARGALLO, Ignacio: *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2000.

— «Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio», en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. Pereña Vicente), edit. Univ. Rey Juan Carlos – Dykinson, Madrid 2018, pp. 17-25.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: en *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, *Derecho de familia*, vol. 2 (Lacruz, Sancho, Rivero), 3.ª ed., edit. Bosch, Barcelona 1989.

SOLÉ RESINA, Judith: «Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 383-396.

TENA ARREGUI, Rodrigo: «El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 101, enero-febrero 2022, pp. 40-47.

TORRES COSTAS, María Eugenia: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, edit. Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2020.

VALLS I XIUFRÉ, Josep María: «El papel del Notario en el nuevo régimen de apoyos», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente-Heras Hernández), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 85-154.

VAQUER ALOY, Antoni: «El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 505-537.

VARELA CASTRO, Ignacio: ad artículos 1163.1, 1304 y 1314, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 613-621 y 669-682.

VERDA BEAMONTE, José Ramón de: «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. Álvarez Lata), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 81-123.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Libertad y protección de la persona vulnerable en los Ordenamientos jurídicos europeos: Hacia la despatrimonialización de la discapacidad», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010, pp. 561-595.

— *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta para la reforma del sistema tuitivo español*, Olivenza, 2012.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, edit. ICAI, Madrid 1984, pp. 139-153.

ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles: *ad* artículos 1290-1298, en *Comentarios al Código civil* (coord. Bercovitz), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, 4.ª ed, Cizur Menor 2013, pp. 1761-1775.

ZURITA MARTÍN, Isabel: *Protección civil de la ancianidad*, edit. Dykinson, Madrid 2004.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL)

- STS. 29 de abril de 2009 (Ponente: Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías) (RJ 2009/2901).
- STS. 8 de noviembre de 2017 (Ponente: Excma. Sra. D.ª María Ángeles Parra Lucán) (RJ 2017/4760).
- STS. 10 de enero de 2018 (Ponente: Excma. Sra. D.ª María Ángeles Parra Lucán) (RJ 2018/156).
- STS. 6 de mayo de 2021 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg) (RJ 2021/2381).
- STS. 8 de septiembre de 2021 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2021/4002).
- STS. 23 de diciembre de 2021 (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile) (RJ 2022/566).
- STS. 21 de diciembre de 2022 (Ponente: Excma. Sra. D.ª María Ángeles Parra Lucán) (RJ 2023/356).
- STS. 23 de enero de 2023 (Ponente: Excma. Sra. D.ª María Ángeles Parra Lucán) (RJ 2023/2350).
- STS. 20 de octubre de 2023 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2023/5929).
- STS. 20 de octubre de 2023 (Ponente: Excma. Sra. D.ª María Ángeles Parra Lucán) (RJ 2023/5967).
- STS. 18 de junio de 2024 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (JUR 2024/206237).

AUDIENCIAS PROVINCIALES (Sentencias y Autos):

- SAP La Coruña (Secc. 5.ª) 21 de marzo de 2022 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas) (JUR 2022/187260).
- SAP Pontevedra (Secc. 6.ª) 1 de febrero de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eugenio Francisco Míguez Tabares) (JUR 2023/149223).
- SAP Cádiz (Secc. 5.ª) 29 de marzo de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Navarro Robles) (JUR 2023/259463).
- SAP La Coruña (Secc. 4.ª) 24 de abril de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sócrates González-Carrero Fojón) (JUR 2023/285894).
- SAP León (Secc. 2.ª) 2 de junio de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Álvarez Rodríguez) (JUR 2023/310169).
- SAP Málaga (Secc. 6.ª) 18 de octubre de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Utrera Gutiérrez) (JUR 2024/72034).
- SAP Madrid (Secc. 24.ª) 20 de noviembre de 2023 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Dolores Planes Moreno) (JUR 2024/62428).
- SAP Sevilla (Secc. 2.ª) 26 de enero de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero) (JUR 2024/232895).
- SAP Málaga (Secc. 6.ª) 31 de enero de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Shaw Morcillo) (JUR 2024/158986).
- SAP Asturias (Secc. 6.ª) 25 de junio de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Riaza García) (JUR 2024/302078).
- AAP Pontevedra (Secc. 3.ª) 29 de marzo de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio de Frías Conde) (JUR 2023/344181).
- AAP La Coruña (Secc. 3.ª) 19 de octubre de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García) (JUR 2024/76157).
- AAP Alicante (Secc. 6.ª) 12 de enero de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Baldomero Losada Fernández) (JUR 2024/376054).
- AAP Guipúzcoa (Secc. 2.ª) 4 de marzo de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edorta Josu Echarandio Herrera) (2024/376488).
- AAP Zaragoza (Secc. 2.ª) 24 de mayo de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred) (JUR 2024/287283).
- AAP Alicante (Secc. 6.ª) 4 de julio de 2024 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª Encarnación Caturla Juan) (JUR 2024/446784).
- AAP Alicante (Secc. 6.ª) 5 de julio de 2024 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Dolores López Garre) (JUR 2024/376052).
- AAP Guipúzcoa (Secc. 2.ª) 11 de julio de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Gorka de la Cuesta Bermejo) (JUR 2024/465618).
- AAP Alicante (Secc. 6.ª) 12 de julio de 2024 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Dolores López Garre) (JUR 2024/299077).
- AAP Guipúzcoa (Secc. 2.ª) 22 de julio de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edorta Josu Echarandio Herrera) (JUR 2024/465604).
- AAP Cantabria (Secc. 2.ª) 10 de octubre de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Bruno Arias Berrioategortúa) (JUR 2024/ 424596).

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA:

- R. 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324104).
- R. 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324105).

La modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad por la Ley 3/2024, de 13 de junio: una visión comparada con el sistema estatal [*]

AURORA LÓPEZ AZCONA
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

*La aprobación de la Ley 3/2024, de 13 de junio ha implicado una reforma sustancial del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Esta modificación responde a la necesidad de adecuar el Ordenamiento aragonés a los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006***,** *adoptando un modelo que sustituye el esquema tradicional de incapacitación por un sistema muy flexible de apoyos, basado, ante todo, en el respeto a la autonomía y la voluntad de las personas con discapacidad, pero sin olvidar su dignidad, derechos e intereses. A examinar la reforma en todo su alcance, incluidas las modificaciones de que ha sido objeto el cuerpo legal aragonés en materia de familia y sucesiones, se dedican las siguientes líneas, ofreciendo a la par un análisis comparado con el sistema estatal tal y como fue articulado por la Ley 8/2021, de 2 de junio.*

PALABRAS CLAVE

Personas con discapacidad. Capacidad jurídica. Ejercicio de la capacidad jurídica. Apoyos. Derecho aragonés. Derecho estatal.

[*] Trabajo realizado en el marco del Grupo S15_R20 de Investigación y Desarrollo del Derecho civil aragonés, reconocido y financiado por el Gobierno de Aragón.

The modification of the Code of Foral Law of Aragon regarding the exercise of the legal capacity of persons with disabilities by Law 3/2024 of 13 June: a comparative view with the state system

ABSTRACT

The Law 3/2024, of 13 June, has implied a significant reform to the Code of Foral Law of Aragon regarding the legal capacity of persons with disabilities. This amendment responds to the need to adapt Aragonese law to the principles of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006, adopting a model that replaces the traditional incapacitation scheme with a more flexible system of support. This new model prioritizes respect for the autonomy and will of persons with disabilities, while ensuring the protection of their dignity, rights and interests. This paper is dedicated to examining the full extent of the reform, including the modifications that have been made to the Aragonese legal body in family and inheritance matters, and offers a comparative analysis with the national system established by Law 8/2021, of 2 June.

KEY WORDS

Persons with Disabilities. Legal capacity. Exercise of legal capacity. Support measures. Aragonese law. State law.

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.*–II. *La plasmación de los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 en la reforma.* 1. El respeto a la dignidad y la igualdad. 2. El reconocimiento a toda persona de personalidad y capacidad jurídica y de la provisión de apoyos para su ejercicio. 3. El principio de respeto a la voluntad y preferencias, modulado por el del interés objetivo de las personas con discapacidad. 4. Los principios de necesidad y proporcionalidad. 5. El principio de temporalidad y necesaria revisión. 6. El principio de apoyo desinteresado y leal.–III. *El nuevo sistema de apoyos resultante de la reforma.* 1. Noción y caracteres de las medidas de apoyo. 2. Distinción entre medidas de apoyo y apoyos espontáneos e informales. 3. Destinatarios. 4. Titulares. 5. Régimen general. 5.1 Causas de inhabilidad, excusa y remoción. 5.1.1. Causas de inhabilidad. 5.1.2. Excusa y remoción. 5.2 Mecanismos de vigilancia y control. 5.3 Derechos de índole económico derivados del desempeño de las medidas de apoyo. 5.4 Publicidad.–IV. *Las medidas voluntarias de apoyo.* 1. La necesaria distinción entre medidas y disposiciones voluntarias. 2. El mandato de apoyo como única medida voluntaria de

apoyo. 3. Los poderes preventivos sin mandato. 4. Las disposiciones voluntarias sobre curatela y otras.–V. *La guarda de hecho como medida legal de apoyo*.–VI. *Las medidas judiciales de apoyo*. 1. La curatela como medida judicial de apoyo estable y recurrente. 2. El defensor judicial como medida judicial de apoyo puntual y supletorio.–VII. *Otras modificaciones del Código foral aragonés.* 1. Modificaciones en materia de efectos de la ruptura con hijos a cargo. 2. Modificaciones relativas a los efectos del matrimonio. 3. Modificaciones en Derecho de sucesiones.–*Bibliografía.–Documentación complementaria.–Anexo jurisprudencial.*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Comunidad Autónoma de Aragón cuenta desde 2006, en virtud de la Ley de Derecho de la Persona (en adelante, LDp), con un régimen completo sobre capacidad por razón de discapacidad e instituciones tutelares, ahora medidas de apoyo. Tal regulación no surge *ex novo*, sino que entronca con la tradición jurídica aragonesa que siempre prestó especial atención a la capacidad de las personas, encontrándose así plenamente amparada en la competencia que el artículo 149.1.8.ª CE reconoce a las Comunidades Autónomas con Derecho propio, no sólo para conservarlo y modificarlo, sino también para desarrollarlo al objeto de su debida adecuación a las necesidades surgidas en la sociedad al socaire de los nuevos tiempos y realidades. Junto a Aragón, solo Cataluña lo tiene[1], en vías de actualización en estos momentos, mediante un Proyecto de Ley de modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas. en fase de tramitación parlamentaria a fecha de hoy[2].

Sucede, sin embargo, que el régimen aragonés atinente a la discapacidad, pese a estar articulado de modo bastante más flexible y respetuoso con la autonomía de la voluntad que el estatal,

[1] Por lo que hace a los restantes Derechos civiles territoriales, sólo el Derecho foral navarro cuenta con un régimen específico en materia de discapacidad, eso sí, muy fragmentario, pero ya adaptado a la Convención NU de 2006 por la Ley foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos (Disposición final 1.ª). Con todo, no cabe descartar que en el futuro se dote de una regulación completa sobre esta materia, por cuando, según puede leerse en Disposición final 2.ª de la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, uno de sus objetivos de política legislativa radica precisamente en la promulgación de una ley civil especial sobre «capacidad y medidas de apoyo a las personas».

[2] El Proyecto de Ley de modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas puede consultarse en la siguiente URL: https://www.parlament.cat/ext/f?p=siap-cerca: expedient::::: p15_num_expedient:200-00002/15.

necesitaba una profunda revisión al objeto de su debida adecuación a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en 2006 (en adelante, Convención NU de 2006)[3], pero también a las exigencias derivadas de la legislación procesal resultante de la reforma estatal operada por la Ley 5/2021, de 12 abril. No así, en cambio, al nuevo sistema de apoyos articulado en el Código civil ni, en general, a las modificaciones de índole sustantivo de que fue objeto el Derecho civil estatal en 2021 que, como regla, no vinculan a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio[4].

A tal fin, el Gobierno de Aragón encomendó en junio de 2022 a la Comisión Aragonesa de Derecho civil la elaboración de un Anteproyecto de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas. Desde entonces y hasta fines de diciembre de 2023, la Comisión se ocupó de este cometido, adaptando para ello la técnica legislativa del *folio en blanco* que propuso su entonces Presidente, el Prof. Delgado Echeverría. Tal encargo se tradujo en una primera fase, no propiamente en una revisión al uso de las diversas partes del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) afectadas por la Convención, sino en la elaboración de un texto articulado de nuevo cuño dedicado a sentar los principios generales del renovado régimen jurídico aragonés en materia de discapacidad, así como a articular un sistema de apoyos propio en el ejercicio de su capacidad jurídica en sustitución del anterior sistema tutelar. Una vez finalizado este borrador en julio de 2023, se procedió, en una segunda fase, a integrarlo o insertarlo en el Código foral. Ello exigió una reestructuración en profundidad de su Libro I (*Derecho de la persona*), al objeto fundamentalmente de deslindar el régimen concerniente a las personas con discapacidad del relativo a los menores de edad[5] –que también ha sido modificado–, aunque sin renunciar a refundir en un Título previo las normas comunes a ambos regímenes[6]. Pero

[3] Según consta en la propia Memoria justificativa del Anteproyecto de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas de 24 enero 2024, pp. 1-2 y luego se consignó en el Preámbulo de la Ley 3/2024.

[4] Como ya sostuve con anterioridad (López Azcona, 2022, pp. 1605-1607). Coincide en esta apreciación Font i Segura, *La Ley Derecho de familia*, 2021, p. 4.

[5] Coincido con Serrano García, 2024, p. 37, cuando califica de contraria a la Convención NU de 2006 el tratamiento que dispensaba el CDFA en su redacción originaria a los adultos con discapacidad, asimilándolos a los menores de edad.

[6] Tras la reforma, el Libro I CDFA ha quedado dividido en seis títulos: el Título I dedicado a la *capacidad jurídica y estado de las personas* e integrado, a su vez, por un capítulo preliminar sobre capacidad jurídica en general, un capítulo I sobre capacidad jurídica de las personas por razón de edad, un capítulo II sobre capacidad jurídica de las personas con discapacidad y un capítulo III que mantiene, no sin alguna modificación el régimen fragmentario sobre ausencia. El Título II sobre *relaciones entre ascendientes y descendientes*, modificado fundamentalmente en materia de efectos de ruptura de la convivencia de los

también una revisión de sus Libros (*Derecho de la familia*) y III (*Derecho de sucesiones por causa de muerte*), a fin de adecuar a la Convención NU de 2006 aquellas previsiones que, vinculadas a ciertas instituciones familiares y sucesorias –entre otras, la capacidad para otorgar capítulos matrimoniales, para testar o para ser fiduciario– se refieren a la discapacidad. No así, en cambio del Libro IV (*Derecho patrimonial*), con una regulación muy fragmentaria que, por lo demás, no se ha visto afectada por las exigencias de la Convención. A la par, la Comisión aprovechó para revisar aquellos preceptos del CDFA que en su día se vieron afectados por la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria (en adelante, LJV), así como aquellos otros sobre instrumentos públicos de protección de menores que habían quedado desfasados tras la reforma estatal del sistema de protección a la infancia y adolescencia operada el mismo año (LO 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio). La Comisión culminó su encargo en diciembre de 2023, entregando el texto articulado al Gobierno de Aragón que lo asumió sin modificación alguna como Proyecto de Ley, dándole traslado a las Cortes de Aragón en enero de 2024. Tras una tramitación muy rápida y con mínimas enmiendas, el Proyecto fue aprobado por unanimidad como Ley 3/2024 en el Pleno de las Cortes celebrado el 13 de junio, entrando en vigor el 15 de julio de 2024.

Una vez expuesto el contexto del que trae causa la Ley aragonesa 3/2024, interesa en las siguientes líneas ofrecer un examen detallado del nuevo sistema aragonés en materia de discapacidad[7], a la par que una lectura comparada con el sistema estatal fruto de la reforma de 2021 –que ya lleva cuatro años de andadura–, al objeto fundamentalmente de detectar sus divergencias, ya no sólo por su interés en el plano teórico, sino principalmente por su incidencia

progenitores con hijos a cargo. El Título III que formula unas *normas comunes a las relaciones tutelares de menores y las medidas de apoyo de las personas con discapacidad*, entre ellas el régimen del defensor judicial. El Título IV que se dedica específicamente a las *relaciones tutelares de menores*, distinguiendo a tal fin entre la tutela de los menores no emancipados (capítulo I), la curatela de los menores emancipados (capítulo II), la guarda de hecho (capítulo III) y los instrumentos públicos de protección de menores, esto es, la tutela y guarda administrativa y el acogimiento (capítulo IV). El Título V que se centra en las *medidas de apoyo a las personas con discapacidad,* en particular, en los mandatos de apoyo (capítulo I), la guarda de hecho (capítulo II) y la curatela (capítulo III). Y, por último, el Título VI dedicado a la *Junta de Parientes*, cuyo ámbito decisorio ha sido ampliado a fin de dar entrada a los asuntos relativos a medidas de apoyo a personas con discapacidad, siempre que no estén sujetos a norma imperativa.

[7] Ello desde mi personal visión como vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, autora del Anteproyecto. Eso sí, debidamente contrastada con la lectura que de la Ley 3/2024 han hecho mis compañeros de la Comisión en el libro colectivo *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, Bayod López (coord.), La Coruña, 2024.

práctica, desde el momento en que –no se olvide–, conforme al artículo 9.6 CC, en su redacción dada por la Ley 8/2021, el régimen aplicable a las personas con discapacidad en lo que hace a las medidas de apoyo dependerá en cada caso de la que sea su residencia habitual, mientras que su aptdo. 1.º mantiene como punto de conexión en materia de capacidad la nacionalidad (o vecindad civil *ex* art. 16.1.1.º), lo que no deja de generar cierta confusión en lo que hace a la ley aplicable[8].

No obstante, con carácter previo parece oportuno ofrecer una visión general de sus principales líneas de fuerza. Conviene así partir de una afirmación evidente, pero no por ello carente de relevancia, como es que la Ley 3/2024 es una norma estrictamente civil y que, por tanto, pone el foco de atención en los apoyos que pueda necesitar una persona, por razón de discapacidad –como regla, psíquica y a largo plazo–, en su proceso de toma de decisiones de índole personal o patrimonial[9], sin entrar en otros ámbitos como puede ser el sanitario o educativo[10]. De este modo, en el nuevo régimen aragonés la validez de los actos llevados a cabo por una persona con discapacidad se condiciona exclusivamente a que tenga la «aptitud para ejercitar su capacidad jurídica» –que viene a identificarse con la aptitud de querer y entender– o, de no ser así, a que esté provista de las medidas de apoyo adecuadas[11].

A partir de ahí, los dos ejes fundamentales en torno a los cuales gira la reforma del Código foral aragonés son, de una parte, la supresión de la incapacitación, en el sentido de que nadie puede ser

[8] Sobre los problemas derivados de esta falta de armonización normativa puede verse Diago Diago, *Diario La Ley,* 2021, pp. 1-22; Font i Segura, *La Ley Derecho de familia* 2021, pp. 14-19; y Espiñeira Soto, 2022, pp. 255-256.

[9] Según advierte Serrano García, 2024, p. 53. Lo mismo sostienen respecto de la reforma estatal de 2021, la STS núm. 964 de 21 diciembre 2022 y, en la doctrina, entre otros, García Rubio*, RDC*, 2018, p. 30; Lora-Tamayo Rodríguez, *El Notario del siglo xxi*, 2021, p. 1; Guilarte Martín-Calero, 2022, p. 22; Leciñena Ibarra, *RDC*, 2022, p. 265; Martínez de Aguirre Aldaz, 2022, pp. 702-703; Blandino Garrido, 2024, p. 153; y Carrasco Perera, 2024, p. 259.

[10] De estos ámbitos no estrictamente jurídico civiles y, fundamentalmente, de establecer las directrices de las políticas públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de discapacidad de modo acorde a la Convención NU de 2006 se ocupa la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, sin que de momento hayan tenido apenas plasmación práctica.

Por lo que hace al ámbito estrictamente sanitario, urge una profunda revisión de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón y la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, en lo que hace a sus confusas previsiones sobre consentimiento informado, sobre todo a fin de acotar el amplio alcance atribuido, por ahora, al consentimiento por representación (art. 14 y art. 10, respectivamente). Ahora bien, también es cierto que habrá que esperar a la relectura que, en su caso, lleve a cabo el legislador estatal del artículo 9 Ley 41/2002 básica de autonomía del paciente, de momento pospuesta, dado que la regulación básica en esta materia es competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.16 CE.

[11] Coincide en esta apreciación Serrano García, 2024, p. 55.

ya privado de su capacidad; y, de otra, la articulación de un sistema muy flexible[12] de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica que, ante todo, pretende ser respetuoso con la autonomía de las personas con discapacidad, pero sin prescindir de su dignidad, derechos e intereses, a la par que reducir al máximo la intervención judicial[13], ello en coherencia no sólo con los postulados de la Convención NU de 2006, sino con la propia tradición jurídica aragonesa que tiene el principio *standum est chartae* entre sus principales principios inspiradores[14].

Tal sistema se articula, por el siguiente orden no necesariamente excluyente[15], en torno al mandato de apoyo como medida voluntaria por excelencia, la guarda de hecho –que ha experimentado una importante potenciación[16], en línea con la reforma estatal– y, en última instancia, la curatela y el defensor judicial como medidas judiciales de apoyo estable y meramente supletorio respectivamente. Se ha prescindido, sin embargo, de la tutela por excesivamente rígida y poco acorde a la Convención[17] y, además, para intentar poner fin a la tendencia generalizada bajo la vigencia del régimen anterior de acudir, como regla, a este mecanismo sustitutivo de toma de decisiones[18]. Las mismas razones, unido a su automatismo fruto de su conexión con la incapacitación, han llevado a suprimir la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, para incluir, en su lugar, una curatela especial de los progenitores en la que, en principio, se les dispensa de buena parte de las obligaciones impuestas a los demás curadores[19]. Este trato preferencial a los progenitores por el que ha optado abiertamente el legislador aragonés también se refleja en la facultad que se les reconoce en orden a establecer disposiciones voluntarias sobre la futura curatela de sus hijos y, asimismo, en la incorporación, no sin las debidas restricciones, de la sustitución ejemplar; todo ello en un planteamiento ciertamente divergente con la Ley 8/2021, pero que ha pretendido tener presente la realidad

---

[12] Como se hace constar expresamente en el Preámbulo de la Ley 3/2024.

[13] De hecho, en el Preámbulo de la Ley 3/2024 se habla del principio de intervención judicial mínima como uno de los principios inspiradores de la reforma.

[14] Comparte esta apreciación García Vicente, 2024, pp. 29-30.

[15] Como afirma Bayod López, 2024, p. 146, en Aragón las diversas medidas no actúan en régimen de subsidiariedad.

[16] Según puede leerse en el Preámbulo de la Ley 3/2024.

[17] Coincide en esta valoración Serrano García, 2024, p. 49.

[18] Me permito así discrepar de Calatayud Sierra, 2021, p. 12, y 2022, p. 35, cuando afirma, en relación al CC, que «la supresión de la tutela y su sustitución por la curatela es una solución más efectista que real» y que «en realidad, lo que se hace es unificar las dos instituciones de protección en una».

[19] Coinciden en esta apreciación Serrano García, 2024, p. 34; y Bayod López, 2025, p. 44. Con todo, la decisión de suprimir esta figura no gozó de unanimidad entre los autores de la Comisión, como reconoce el que fue su Presidente durante la elaboración del Anteproyecto, García Vicente, 2024, p. 30.

de las familias con hijos con discapacidad[20], sin ceder un ápice de protagonismo a estos últimos como sujetos de derechos en igualdad de condiciones con las demás personas.

En cualquier caso, la Ley 3/2024 ha optado, con buen criterio, por atribuir carácter retroactivo a su articulado, coincidiendo en este punto con la Ley 8/2021[21]. Pero, además, tratando de agilizar la adecuación a la nueva regulación de las situaciones consolidadas bajo el régimen anterior y, sobre todo, con la intención de liberar a los juzgados de la carga de revisar las sentencias de incapacitación, ha prescindido del sistema de revisión judicial forzosa y a plazo de las medidas ya acordadas que diseñó el legislador estatal (DT 5.ª Ley 8/2021)[22], para proceder, en su lugar, a su modificación automática por imperativo de la ley. De ello resulta, por consiguiente, que, a partir del 15 de julio de 2024 –fecha de la entrada en vigor de la Ley 3/2024–, aquellos que fueron declarados incapacitados judicialmente bajo el régimen anterior han recuperado su capacidad jurídica ex *lege* y, por añadidura, que las eventuales privaciones de derechos o de su ejercicio de que fueran objeto han quedado automáticamente sin efecto –p.e. de su derecho a contraer matrimonio o a testar– (DT 1.ª y 2.ª). En coherencia con lo anterior, las tutelas y curatelas constituidas bajo la regulación derogada, desde esa misma fecha han pasado a regirse, sin necesidad de declaración judicial alguna, por el nuevo régimen resultante de la reforma, en concreto, por las relativas a la curatela con facultades representativas respecto de aquellos actos sujetos a representación y por las relativas a la curatela asistencial para los actos sujetos a asistencia (DT 3.ª1 y 2)[23]. Ahora bien, ello no obsta que la revisión judicial sea factible «en cualquier momento»[24] bien a instancia de la

[20] Como se afirma en su Preámbulo, la Ley 3/2024 pretende reconocer el papel fundamental que presta habitualmente la familia a las personas necesitadas de apoyos, alejándose en este punto de la desconfianza hacia la misma que subyace en la reforma estatal.

[21] Como, igualmente, pone en valor respecto de la reforma estatal De Las Heras García, *ULPLR*, 2022, p. 21.

[22] Solución estatal que no ha dejado de ser cuestionada por la doctrina y operadores jurídicos, habida cuenta de las dificultades para materializarla en la práctica; *vid.*, entre otros, Domínguez Luelmo, 2021, p. 1510; De Las Heras García, *ULPLR*, 2022, p. 21; De Salas Murillo, *AJI*, 2022, pp. 44-45; Heras Hernández, 2022, pp. 411-413; y Velilla Antolín, *El Notario del siglo xxi*, 2022.

[23] En otras palabras, con esta disposición transitoria el legislador aragonés ha pretendido transformar *ex lege* el contenido de la sentencia de incapacitación, estableciendo su conversión en medidas de apoyo y, en particular, en la nueva curatela (Bayod López, 2024, pp. 214-215).

[24] Ahora bien, esta previsión, a mi juicio, debe matizarse, desde el momento que en el régimen aragonés la nueva curatela se configura, en línea con los postulados de la Convención NU de 2006, como una medida intrínsecamente revisable, en el sentido de que habrá de revisarse periódicamente bien cada tres años o, en su caso, en el plazo superior que fije el Juez (art. 169-18 CDFA). Así las cosas, desde el momento que se atribuye eficacia inmediata a la nueva regulación resultante de la reforma, entiendo que tal previsión será

propia persona con discapacidad o de su antiguo tutor o curador, bien por el propio Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, cuando considere necesario una adaptación expresa de las medidas de apoyo a la legalidad vigente (DT 5.ª)[25]. También han quedado exentas de la necesaria revisión judicial tanto la figura del defensor judicial (DT 3.ª3) como las antiguas prorrogas o rehabilitaciones de la potestad de guarda, respecto de las cuales se prevé su conversión automática en curatelas, asistenciales y/o representativas, en función de las concretas facultades que se les hubiese atribuido judicialmente (DT 3.ª5). Para la guarda de hecho, habida cuenta de sus peculiares caracteres, se adopta, sin embargo, la solución estatal que no es otra que su sujeción, en adelante y mientras perviva, al nuevo régimen legal (DT 3.ª4), lo que implica fundamentalmente una importante ampliación de su ámbito de actuación, a la par que la necesidad de obtener la preceptiva autorización de la Junta de Parientes o el Juez para aquellos actos que excedan del ámbito ordinario. Lo mismo puede decirse respecto de las medidas y disposiciones voluntarias otorgadas bajo la regulación anterior, si bien con el matiz añadido de que la Ley 3/2024 supedita su validez expresamente a que no contradigan la nueva regulación (DT 4.ª).

II. LA PLASMACIÓN DE LOS POSTULADOS DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006 EN LA REFORMA

Como ya se ha indicado, el principal propósito del legislador aragonés al abordar la reforma del CDFA en materia de capacidad jurídica de las personas no ha sido otro que ajustarla a los principios de la Convención NU de 2006, tal y como se encuentran formulados en sus artículos 3 y 12, esencialmente. A partir de ahí, no sólo ha articulado un nuevo sistema de apoyos acorde a dichos principios como el legislador estatal, sino que, además, ha dedicado un precepto específico, el artículo 36, en sede de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a enunciar los principios generales a

---

de aplicación no sólo a las curatelas constituidas *ex novo*, sino también a las resultantes de la conversión de las antiguas tutelas y curatelas.

[25] En cualquier caso, el trámite a seguir para la referida revisión es del artículo 42 bis c LJV, según advierte entre otros, el AAP de Alicante de 1 mayo 2024, reseñado por De Verda y Beamonte, *IDIBE*, 2024 (URL: https://idibe.org/derecho-civil/tramite-seguir-la-revision-las-medidas-apoyo-ordenadas-la-d-t-5a-la-ley-8-2021-2-junio-fin-adaptar-las-medidas-adoptadas-conforme-la-legislacion-ant/).

respetar en el establecimiento y ejercicio de las medidas de apoyo, que no son otros que los enunciados en la Convención[26].

1. EL RESPETO A LA DIGNIDAD Y LA IGUALDAD

El Preámbulo de la Ley 3/2024 se refiere específicamente entre los principios informadores de la reforma al respeto a la igualdad y dignidad de las personas, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 3.a) y b) Convención NU de 2006. Es más, esta idea no se queda en una mera declaración de intenciones, toda vez que se ha incorporado al nuevo capítulo del CDFA dedicado a la capacidad jurídica de las personas un precepto, el artículo 3-1, donde se formula el principio de igualdad ante la ley (aptdo. 1) y se recuerda que toda persona goza de una dignidad inherente a su propia naturaleza. Por añadidura, en sede de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el artículo 36 al enunciar los principios generales de las medidas de apoyo, se refiere, en primer lugar, al debido respeto a la dignidad y derechos de las personas con discapacidad. A partir de ahí, el legislador aragonés ha tenido muy presente este principio a la hora de diseñar el nuevo régimen jurídico en materia de ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, lo que se ha traducido principalmente en la supresión de la privación de la capacidad jurídica y derechos, de modo automático y retroactivo. Pero también en la articulación de un sistema de apoyos dirigido a garantizarles el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que se inspira en el principio de intervención mínima, como se hace constar expresamente en el propio Preámbulo.

2. EL RECONOCIMIENTO A TODA PERSONA DE PERSONALIDAD Y CAPACIDAD JURÍDICA Y DE LA PROVISIÓN DE APOYOS PARA SU EJERCICIO

En un planteamiento acorde con la Convención NU de 2006 (art. 12.1 y 2, en relación con el art. 3.a), el nuevo régimen aragonés en materia de capacidad jurídica parte del expreso reconocimiento a toda persona, «por su dignidad inherente», de personalidad y capacidad jurídica desde su nacimiento –con vida y una

[26] Sobre este particular, Guilarte Martín-Calero, 2022, p. 32, advierte, con razón, de la ausencia en el CC de un precepto, en sede de disposiciones generales sobre las medidas de apoyo, que se refiera específicamente a todos ellos.

vez producido el entero desprendimiento del seno materno– hasta su muerte (art. 3-1 CDFA).

La Ley 3/2024 no incluye una noción legal de la personalidad jurídica por indubitada[27]. Pero sí, en cambio, de la capacidad jurídica, tratando de disipar, en lo que hace al Derecho aragonés, la incertidumbre generada desde la aprobación de la Convención. Importa recordar al respecto los términos tan intencionadamente ambiguos en que se expresa en su artículo 12 y, en particular, sus aptdos. 2.º y 3.º, fruto de su accidentado proceso de redacción con dos posiciones abiertamente enfrentadas: la de aquellos países que abogaban por el pleno reconocimiento y garantía tanto de la «capacidad jurídica» como de la «capacidad para actuar» a las personas con discapacidad; y la de aquellos otros partidarios de referirse exclusivamente a la «capacidad jurídica». A este respecto, la lectura de los informes de las sesiones celebradas desde 2002 a 2006 por el Comité Especial encargado de preparar la Convención por mandato de la Asamblea General NU revela que no fue hasta el último periodo de sesiones, ya en 2006, cuando se adoptó la fórmula de compromiso «ejercicio de la capacidad jurídica», en lugar de la expresión «capacidad para actuar» que se había barajado en los borradores anteriores[28]. De este modo, en su redacción definitivamente aprobada el artículo 12.2 impone a los Estados partes la obligación de reconocer que las personas con discapacidad tienen «capacidad jurídica» («legal capacity») en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Pero, complementariamente, el artículo 12.3 les impone el deber de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el «ejercicio de su capacidad jurídica» («exercise of legal capacity»). Ciertamente la cuestión ha sido y sigue siendo muy debatida y, de hecho, en el proceso de ratificación de la Convención fueron numerosos los países que formularon reservas y declaraciones interpretativas, dirigidas unas a mantener la referencia específica a la «capacidad de actuar» en el artículo 12.2; y otras –provenientes fundamentalmente de países de nuestro entorno– que, aun aceptando la terminología definitivamente acuñada, sustentaron el encaje de los apoyos

[27] Como señala Serrano García, 2024, p. 40, en el Ordenamiento español resulta incuestionable que todo ser humano es persona y, en consecuencia, sujeto de derechos.

[28] Los informes y documentación adicional del Comité Especial encargado de preparar el borrador de la Convención pueden consultarse en la siguiente URL: https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/ad-hoc-committee-on-a-comprehensive-and-integral-international-convention-on-the-protection-and-promotion-of-the-rights-and-dignity-of-persons-with-disabilities.html.

sustitutivos en el artículo 12.3. España, sin embargo, ratificó la Convención sin hacer reserva ni aclaración alguna[29].

No obstante, personalmente considero que, cuando el artículo 12 en su aptdo. 1 utiliza el término «capacidad jurídica» se está refiriendo únicamente a la aptitud de toda persona con discapacidad para ser titular de derechos y obligaciones; afirmación que ratifica en el aptdo. 5, reconociéndoles ciertos derechos de índole patrimonial –en particular, a ser propietarios y a heredar bienes, a tener a acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero y a controlar sus asuntos económicos– en iguales condiciones con los demás. Pero distinta de esta titularidad es su ejercicio al que se refiere en su aptado. 3.º para imponer a los Estados partes la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad las medidas de apoyo que «puedan necesitar» en el mismo[30]. De este modo, la Convención está reconociendo que las personas con ciertas discapacidades pueden tener dificultades en el ejercicio de esa capacidad jurídica y, por ende, que pueden necesitar apoyo. Ahora bien, ya no se trata –y aquí viene el cambio de enfoque– de privar a una persona con discapacidad de su capacidad en su doble perspectiva estática y dinámica, por cuanto ello constituye, a mi juicio, una flagrante infracción de los principios que rigen la Convención y, entre ellos, el de respeto a la dignidad de la persona y el de no discriminación consagrados en el artículo 3.1.a y b, sino de concretar los apoyos que posibiliten el ejercicio de su aptitud cuando tenga dificultades para conformar su voluntad de manera libre y consciente[31].

Otra lectura, sin embargo, ofreció el Comité NU sobre los derechos de las personas con discapacidad en sus Observaciones formuladas con carácter general a los países que han ratificado la Convención (en particular, la Observación núm. 1/2014 sobre igual reconocimiento como persona ante la ley) como las dirigidas específicamente a España (Observaciones finales 2011 y 2019). Así, el Comité interpreta el aptdo. 2.º del artículo 12 Convención en el sentido de que la «capacidad jurídica» incluye la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de ejercer esos

[29] Extraigo esta información de García Pons, *ADC,* 2013, pp. 67-68; y Pastor Palomar, *REEI*, 2019, pp. 17-23.

[30] Como ya defendí en otro lugar: *ADC*, 2022, p. 1611. *Vid.* en nota 73 de este trabajo las dos posiciones sustentadas por la doctrina.

[31] Comparto en este punto la lectura que del artículo 12 Convención NU de 2006 hicieron en su momento la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría en el documento *Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad*, 2016, pp. 8-9; pp. 8 y 25; así como el Comité de Bioética de España *en su Informe sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2017, p. 21.

derechos u obligaciones o de actuar en Derecho, acudiendo para ello al aptdo. 5.º del mismo artículo 12, donde ciertamente se reconoce a las personas con discapacidad el derecho a controlar sus asuntos económicos, pero obviando toda referencia al aptdo. 3.º que contempla la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica[32].

Por esta interpretación parece optar *a priori* la Ley 8/2021 cuando identifica en su Preámbulo la capacidad jurídica con la titularidad de los derechos y la legitimación para ejercitarlos, invocando expresamente la referida Observación CDPD núm. 1 (2014). No obstante lo anterior, el legislador estatal no ha llevado esta declaración a sus últimas consecuencias, desde el momento en que el mismo Preámbulo se refiere al «apoyo a la persona que lo precise» como idea central del nuevo sistema y, además, da entrada al apoyo representativo, en contra de lo observado por el Comité. Esta idea la desarrolla en el nuevo Título XI del Libro I del CC que, como es sabido, gira en torno de las medidas de apoyo que puedan necesitar las personas con discapacidad «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», con la «finalidad [de] permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad», como prevé el artículo 249.1, en sede de disposiciones generales, y reiteran, entre otros, el artículo 255 referido a las medidas voluntarias y el artículo 269 sobre curatela. De este modo, el legislador estatal acaba deslindando de la noción de capacidad jurídica el extremo atinente a su ejercicio, pero ya no para privar del mismo a las personas con discapacidad, sino para centrarse en la provisión de los apoyos necesarios que puedan necesitar para su adecuado desenvolvimiento[33].

Por su parte, la Ley 3/2024 no solo ha adoptado el criterio que subyace en la reforma estatal, dedicando el nuevo Título V del Libro I del CDFA a las medidas de apoyo de las personas con discapacidad, sino que, además, ha incorporado expresamente la distinción entre «capacidad jurídica» y «ejercicio de la capacidad jurídica», ofreciendo sendas nociones legales al respecto, en lo que, a mi juicio, constituye la correcta lectura del artículo 12 Convención NU de 2006[34].

De este modo, el artículo 3-2 CDFA identifica en su aptdo. 1 la «capacidad jurídica» con la «aptitud para ser titular de derechos y

---

[32] Observación CDPD núm. 1 (2014), § 12.

[33] Coincide en esta apreciación De Las Heras García, *ULPLR*, 2022, p. 28.

[34] Comparte esta lectura Serrano García, 2024, pp. 43-44. Ello en un planteamiento divergente al Derecho estatal, en cuanto los redactores de la Ley 8/2021 renunciaron a definir ambas expresiones (como pone de relieve Albiez Dohrmann, 2022, p. 499, no sin cuestionarlo).

obligaciones». Acto seguido, el mismo precepto prohíbe expresamente su «modificación», entiéndase en el sentido de limitación o privación, poniendo así fin a cualquier duda que pudiese haber al respecto en la Comunidad Autónoma de Aragón desde la reforma estatal de 2021.

Al «ejercicio de la capacidad jurídica» se refiere el mismo artículo 3-2 en su aptdo. 2.º para atribuirlo a toda persona mayor de edad, ya sea por sí sola o con los apoyos que pueda necesitar. Tal previsión se complementa con lo dispuesto en el artículo 40.1 CDFA que reconoce aptitud para ejercitar la capacidad jurídica a toda aquella persona que «por sí sola pueda comprender y valorar el significado y los efectos de un acto concreto en el contexto en que se produce y, en consecuencia, determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella». En otras palabras, en el régimen acuñado por el legislador aragonés lo determinante para realizar válidamente un acto jurídico concreto no es propiamente la ausencia de discapacidad, sino tener aptitud para ejercitar la capacidad jurídica, que se identifica muy razonablemente con la aptitud para comprender y valorar por uno mismo su significado y efectos [35]. En caso de carecer de dicha aptitud, según especifica el artículo 41, la persona podrá llevarlo a cabo válidamente «con las medidas de apoyo adecuadas», cuya intensidad dependerá de «las circunstancias concurrentes», que no exclusivamente de las personales *ex* artículo 35 [36].

A partir de esta noción se formulan dos importantes presunciones sobre la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. Se establece así, en primer lugar, una presunción general –que viene a recordar a la del artículo 246 CC– [37], *iuris et de iure* [38], de aptitud a favor de toda persona mayor de catorce años, si bien condicionada a la necesaria asistencia en el periodo comprendido entre los catorce y dieciocho años, en coherencia con el tratamiento especial que se dispensa al menor aragonés a partir de los catorce años (art. 40.2, en relación con el art. 23) [39].

---

[35] Coincide en esta apreciación Bayod López, 2024, p. 77; y 2025, p. 51.

[36] Ello siempre que los apoyos se presten como es debido o, lo que es lo mismo, sin defectos –p. e. falta de la preceptiva autorización o existencia de intereses opuestos–, según Serrano García, 2024, p. 55.

[37] Digo que viene a recordar, por cuanto, mientras el artículo 246 CC formula una presunción general de aptitud plena a favor de los que hayan cumplido dieciocho años y, por ende, sean mayores de edad, en Derecho aragonés no se puede presumir que la aptitud general del menor mayor catorce años sea plena, sino menos plena, al estar sujeto al régimen, ya no de representación, pero sí de asistencia, como advierte certeramente Serrano García, 2024, pp. 45-46.

[38] Según precisa el Preámbulo de la Ley 3/2024, aptdo. III y confirma Serrano García, 2024, p. 46.

[39] Interesa recordar a este respecto que el menor aragonés mayor de catorce años goza de una situación jurídica singular en el Ordenamiento jurídico español, toda vez que se trata

En cuanto a la aptitud específica para realizar un acto concreto se presume que la tiene quien no esté sujeto a una medida de apoyo judicial o voluntaria ya eficaz, de índole asistencial o representativa, para llevarlo a cabo, salvo que se demuestre lo contrario (art. 40.3)[40]. Tal presunción*, iuris tantum*, quedará desvirtuada cuando la persona con discapacidad prescinda de la intervención del mandatario de apoyo o, en su caso, del curador que haya de prestarle el necesario apoyo asistencial o representativo y, además, se acredite que carece de la suficiente aptitud para realizarlo por sí sola[41].

En estrecha relación con lo anterior, la reforma de 2024 ha procedido a completar el anterior régimen del Código foral en materia de invalidez de los actos en que se vea implicada una persona con discapacidad, tomando como referencia tres principios básicos en la contratación privada como son el de seguridad del tráfico jurídico, el de respeto a la autonomía de la voluntad y el de buena fe y lealtad en la contratación[42].

En concreto, la nueva regulación distingue cuatro hipótesis en que el acto será inválido[43], como regla, anulable, a salvo lo

---

de un menor con capacidad anticipada o ampliada. Ello no es algo nuevo en Derecho aragonés, sino que responde a su tradición jurídica, en concreto, trae causa del fuero *De contractibus minorum* de 1247. De acuerdo con el artículo 5.3 CDFA, el menor mayor de catorce años carece de representante legal, de tal manera que desde entonces actúa en el tráfico jurídico por sí mismo, si bien necesita en la mayor parte de los actos jurídicos que se complemente su capacidad mediante asistencia –o asentimiento– *ex* artículo 23. No obstante, desde el momento en que sigue siendo menor de edad, permanece sujeto a la autoridad familiar –ya sea de sus progenitores o de personas distintas: padrastro/madrastra, abuelos y hermanos mayores– o, en su defecto, a tutela; instrumentos ambos de protección que no se extinguen hasta la mayoría de edad o, en su caso, la emancipación (art. 93.1.b y art. 141.a y b). Son precisamente los titulares de la autoridad familiar –uno solo de ellos– siempre que tengan su ejercicio o, en su caso, el tutor los que habrán de prestarle la asistencia debida, salvo imposibilidad, en cuyo caso el menor habrá de solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez (art. 23).

[40] Nótese que el artículo 40.3 CDFA, tal y como fue aprobado finalmente, antepone erróneamente las medidas judiciales a las voluntarias, en cuanto en el nuevo sistema aragonés de apoyos se priorizan estas últimas de tal manera que haberlas no procederá la constitución de la curatela, salvo que el Juez considere que resultan insuficientes o inadecuadas o que no se están ejecutando eficazmente (art.169-7 CDFA). En cuanto al inicio de eficacia del mandato de apoyo –única medida voluntaria de apoyo contemplada en Derecho aragonés– *vid.* artículo 169-1 CDFA, al que me referiré más adelante.

Por lo demás, como advierte Serrano García, 2024, pp. 46-47, dicho precepto omite la referencia a la guarda de hecho por su falta de investidura formal, de manera que la no intervención del guardador en un acto concreto no hará decaer tal presunción y, por ende, no lo convertirá en anulable. Ello quizá con una excepción: que el guardador haya solicitado y conseguido la autorización de la Junta de Parientes o el Juez para llevarlo a cabo en representación, siempre que se trate de uno de los actos referidos en el artículo 169-12.6 CDFA.

[41] De acuerdo con Serrano García, 2024, pp. 47-48; y Bayod López, 2024, pp. 75-76, y 2025, p. 52.

[42] Como hace constar Bayod López, *Idem,* y 2025, pp. 63-64.

[43] Se ha pretendido así, como advierte Delgado Echeverría, *ADA*, 2024, p. 8, delimitar estrictamente por lo que hace al Derecho aragonés la posible impugnación de los actos de la persona con discapacidad en el sentido del artículo 34 CDFA, tomando como referencia el régimen anterior, tal y como fue articulado por la LDp.

Ello con un planteamiento divergente al Derecho estatal donde, tras la reforma de 2021, la anulación de los contratos celebrados por una persona con discapacidad se

dispuesto en el artículo 45.3[44]: 1.ª Si la persona carece de la aptitud suficiente para llevar a cabo ese acto concreto y no cuenta con las medidas de apoyo adecuadas para suplir esta insuficiencia (art. 45, en relación con el art. 41)[45]. 2.ª Si la persona tiene establecidas medidas de apoyo voluntarias –un mandato de apoyo ya eficaz– o judiciales –una curatela– de carácter asistencial o representativo, pero prescinde de ellas (art. 45-1, en relación con el art. 40.3)[46]. 3.ª Si la persona cuenta con medidas de apoyo representativo, cuando quien presta el apoyo lleve a cabo el acto en nombre de aquella sin la preceptiva autorización o aprobación de la Junta de Parientes o del Juez cuando el acto lo requiera (art. 45-2.1)[47]. Tales actos son los enunciados en los artículos 129-2.2 y 169-24 en relación al defensor judicial y a la curatela con facultades de representación respectivamente, pero también los mencionados en el artículo 169-12.6 respecto a la guarda de hecho o, en su caso, los que haya querido supeditar a tal requisito el mandante de mutuo acuerdo con el mandatario al otorgar el mandato de apoyo. 4.ª Cuando exista oposición de intereses entre

---

circunscribe al supuesto de su celebración habiendo prescindido de las medidas de apoyo previstas o establecidas «cuando fueran precisas» (arts. 1301.4.º, 1302.3, 1304 y 1314.3 CC), sin necesidad de que, además, carezca de aptitud suficiente para llevar a cabo ese acto concreto (como advierten Álvarez Lata, 2021, p. 1020; Albiez Dohrmann, 2022, p. 531; Parra Lucán, 2022, p. 347; y Carrasco Perera, 2024, pp. 242 y 246). Diversas dudas plantea, además, este supuesto, tal y como ha sido articulado por el legislador estatal. La primera tiene que ver qué concretas medidas de apoyo conllevan la sanción de invalidez, en caso de prescindir de ellas, a la que, en mi opinión, puede responderse en un sentido similar al sustentado en relación al Derecho aragonés (*vid. supra* nota 40). Una interpretación semejante ofrecen Albiez Dohrmann, 2022, p. 534; y Parra Lucán, 2022, pp. 344-351. Discrepa, sin embargo, Carrasco Perera, 2024, pp. 261-262, para circunscribirlo a las medidas judiciales. La segunda pasa por aclarar el significado de la expresión «cuando fueran precisas» que parece debe entenderse en el sentido de que el apoyo a prestar sea, además, necesario para llevar a cabo el acto o contrato de que se trate. Una interpretación similar propone Álvarez Lata, 2021, p. 1007; y Albiez Dohrmann, *Idem*.

[44] El artículo 45.3 CDFA circunscribe la nulidad absoluta al supuesto de que el acto vulnere leyes que exigen una capacidad especial, y ello siempre que en las mismas no se prevea un efecto distinto.

[45] Coincido con Bayod López, 2024, pp. 79-80, cuando interpreta que tal previsión debe entenderse comprensiva de todos aquellos supuestos en que la persona con discapacidad no cuente con una medida de apoyo cualquiera que sea –y, por tanto, incluida la guarda de hecho– y haya actuado sin aptitud suficiente, ya que de tenerla el acto sería válido conforme al artículo 40 CDFA.

[46] Nótese que el artículo 45-1 CDFA respecto del mandato de apoyo, especifica que «haya iniciado su eficacia», previsión esta que debe ponerse en relación con el 169-1.

[47] Como advierte Carrasco Perera, 2024, pp. 251-253, el CC sorprendentemente silencia este supuesto, para poner el foco de atención exclusivamente en su artículo 1291.1.º en aquellos contratos llevados a cabo por el curador representativo sin que sea preceptiva la autorización judicial, siempre que comporten lesión al contratante con discapacidad en un ¼, sáncionándolos con la rescisión. Con todo, este mismo autor, así como Álvarez Lata, 2021, p. 1002, defienden para los contratos celebrados por el curador representativo sin autorización judicial, cuando sea necesaria, la sanción de la anulabilidad, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la reforma de 2021 (por todas, STS núm. 2 de 10 enero 2018).

la persona con discapacidad y quien o quienes, de ser varios, le prestan apoyo asistencial o representativo respecto al concreto acto de que se trate y no se haya constituido la Junta de Parientes o nombrado un defensor judicial para suplir su apoyo (art. 45-2.2, en relación con el art. 42). En los supuestos referidos la legitimación para instar la anulabilidad se reconoce al propio interesado –entiéndase, con los apoyos que necesite, salvo que haya cesado la necesidad de apoyo–[48] o, en su caso, a sus herederos y, junto a él a quien debió prestarle el apoyo para evitar la invalidez[49].

Se prevén, sin embargo, dos importantes excepciones a la anulabilidad (art. 45-3). De este modo, se permite confirmar, como hasta ahora, el acto anulable por quienes tienen legitimación para impugnarlo, entre ellos la persona con discapacidad, pero también sus herederos y los titulares de las medidas de apoyo. Pero también se faculta novedosamente a oponerse a la impugnación a la otra parte contratante «que no conociese ni razonablemente pudiese conocer las causas» en que se basa la misma, esto es, que la persona con quien contrató carecía de aptitud suficiente para llevar a cabo el acto por sí sola o, en su caso, de los apoyos necesarios, habida cuenta de su publicidad restringida[50]. Se ha pretendido con ello, en aras de la debida coherencia con la nueva visión de la discapacidad resultante de la Convención NU de 2006, equilibrar los intereses en juego de ambas partes contratantes, a la par que garantizar la presencia en el tráfico jurídico de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás[51].

---

[48] Como matiza Serrano García, 2024, p. 47.

[49] En particular, el artículo 45.2.b CDFA, relativo a la invalidez del acto de la persona sin aptitud para realizarlo, se refiere a «la persona cuya asistencia o representación hubiera evitado la invalidez», el artículo 45-1.3.b, relativo a la invalidez por falta de intervención del curador o mandatario de apoyo, al «curador o mandatario de apoyo» y el artículo 45-2.3.b, relativo a la invalidez por defectos en la prestación de apoyo, a los titulares de la medida de apoyo que no hayan intervenido en el acto, cuando sean varios.

Por una solución diferente ha optado, sin embargo, el legislador estatal para circunscribir, como regla, en el artículo 1302.3.1 CC la legitimación activa a la persona con discapacidad «con los apoyos que precise» o, en su caso, sus herederos por el tiempo que falte para completar el plazo. No obstante, este mismo precepto en su párr. 2 reconoce legitimación excepcional a los titulares de las medidas de apoyo, siempre que, además de haberse prescindido de su intervención, concurra una de las siguientes circunstancias que denotan la mala fe del otro contratante (de acuerdo con Álvarez Lata, 2021, p. 1018; Albiez Dohrmann, 2022, p. 546; y Carrasco Perera, 2024, p. 268), a saber: que conozca la existencia del apoyo y aun así contrate con la persona con discapacidad que prescinde del mismo –lo que en la práctica resultará harto complicado, habida cuenta de su publicidad restringida– o que obtenga una ventaja injusta, prevaliéndose de la situación de discapacidad de la otra parte.

[50] Como clarifica Bayod López, 2024, p. 83; y 2025, p. 58.

[51] Como se hizo constar en el acta núm. 315, de 5 julio 2023, de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

El régimen de la anulación se cierra con un precepto, el artículo 45-4, dirigido a fijar el plazo de la acción de anulabilidad y sus efectos. Su aptdo. 1 la sujeta así a un plazo de prescripción de cuatro años a los efectos de solicitar la restitución de las prestaciones[52], a computar desde la celebración del acto. En caso de prosperar y declararse inválido el acto o contrato de que se trate por cualquiera de las causas enunciadas, su aptdo. 2, como excepción a la regla de la *restitutio in integrum*, limita, en lo que hace a la parte contratante con discapacidad, el alcance de la restitución al enriquecimiento que la misma le haya generado[53]. Complementariamente, su aptdo. 3 resuelve la incidencia de la pérdida de la prestación en la acción de anulabilidad, declarando su extinción, en todo caso, cuando se haya producido por dolo o culpa de quien ejerce el apoyo; no así, en cambio, cuando ocurra por dolo o culpa del contratante con discapacidad, en cuanto que, en tal supuesto, el efecto extintivo se restringe a la hipótesis de que tal pérdida dolosa o culposa se haya producido tras recuperar su aptitud para ejercer su capacidad jurídica[54].

Por añadidura, se ha incorporado al artículo 45-6 un supuesto de rescisión, que no de anulabilidad, de aquellos contratos celebrados por personas con discapacidad, cuando el otro contratante, prevaliéndose de tal circunstancia, haya obtenido una «ventaja

---

[52] Según precisa Bayod López, 2024, p. 86; y 2025, pp. 54-55. Nótese, por lo demás, que tal previsión coincide con la contenida en el artículo 1301.4.º CC respecto de la acción de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad sin las medidas de apoyo establecidas, si bien calificando el plazo de caducidad y no de prescripción, como parece más oportuno, de acuerdo con Carrasco Perera, 2024, pp. 250-251.

[53] El aptdo. 2 del artículo 45-4 CDFA, relativo a la incidencia de la discapacidad de una de las partes contratantes en la obligación de restitución recíproca resultante de la anulación del contrato, está inspirado en el artículo 1304 CC en su redacción anterior a la reforma de 2021. El legislador estatal ha preferido, sin embargo, en la nueva redacción dada a dicho precepto restringir dicha excepción al supuesto en que, celebrado el contrato sin las medidas de apoyo previstas cuando fuesen necesarias, la otra parte conociese su existencia o se hubiera aprovechado de otro modo de la discapacidad, obteniendo una ventaja injusta. En cambio, frente al contratante de buena fe la persona con discapacidad habrá de restituirlo todo, se haya enriquecido o no, con base en el artículo 1303 CC (como señalan Álvarez Lata, 2021, p. 1023; Parra Lucán, 2022, p. 339 y 342-343; y Carrasco Perera, 2024, p. 275 no sin cuestionar esta solución legal).

[54] Los aptdos. 3 y 4 del artículo 45-4 CDFA han sido redactados tomando como referencia el artículo 1314 CC en su redacción anterior a la reforma de 2021. El legislador estatal ha preferido, sin embargo, resolver esta cuestión conforme el parámetro –ya utilizado en los artículos 1302.3.2 y 1304 CC– del conocimiento de la existencia de las medidas de apoyo o de la obtención de ventaja injusta por el otro contratante. De este modo, en su redacción dada por la Ley 8/2021, el artículo 1314 CC, tras formular en su párr. 1 la regla general según la cual la pérdida de la prestación por dolo o culpa de quien puede ejercitar la acción de anulabilidad conlleva su extinción, en su párr. 3 la deja a salvo respecto de los contratos celebrados con personas con discapacidad sin las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, pero sólo si la otra parte hubiese actuado de mala fe en los términos indicados (como señalan Parra Lucán, 2022, p. 343; y Carrasco Perera, 2024, p. 274 no sin cuestionar esta solución legal).

injusta»[55], entiéndase en el sentido de beneficio mayor al que correspondería en un contrato de la misma naturaleza[56]. El precepto se complementa con unas previsiones relativas a la legitimación para instar la rescisión que circunscribe al propio interesado o sus herederos y al titular de la medida de apoyo sólo en caso de no haber intervenido el acto; y al plazo de caducidad de la acción que fija en cuatro años, a contar desde la celebración del contrato.

3. EL PRINCIPIO DE RESPETO A LA VOLUNTAD Y PREFERENCIAS, MODULADO POR EL DEL INTERÉS OBJETIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El respeto a la autonomía individual y, por extensión, a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad se erige como principio fundamental del nuevo marco normativo, en coherencia con los postulados de la Convención NU de 2006, pero también con el principio *standum est chartae* propio del Derecho aragonés.

Como se advierte en el propio Preámbulo de la Ley 8/2024, prueba de su relevancia es su formulación en un precepto independiente, el artículo 37.1 CDFA, donde, con el propósito de aunar lo dispuesto por separado en los artículos 3.a y 12.4 Convención, se prevé que tanto en la adopción como en la prestación de los apoyos habrá de respetarse «la autonomía e independencia de la persona con discapacidad, con atención a su voluntad y preferencias, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones»[57]. Del tenor de este precepto se desprenden dos ideas clave del nuevo sistema de apoyos articulado por la reforma de 2024: primera, que la autonomía individual constituye la principal fuente de las medidas de apoyo, lo que se traduce en la preferencia otorgada al mandato de

[55] Como ya se ha indicado, también la noción de «ventaja injusta» ha sido incorporada al CC (art. 1302.3.2 *in fine*) para los contratos celebrados por personas con discapacidad, si bien como supuesto de anulabilidad, con lo que ello implica: la invalidez del contrato así celebrado, solución esta tachada de incongruente por un sector de la doctrina (Álvarez Lata, 2021, pp. 998-999). Por el contrario, la norma aragonesa parte de la validez del contrato en tal supuesto, de tal manera que la obtención de un beneficio injusto para la otra parte sólo justifica la posible rescisión del contrato con la consiguiente reposición del enriquecimiento injusto, siempre que así lo solicite la parte más vulnerable del contrato como es la persona con discapacidad (Bayod López, 2024, pp. 87-88).

[56] En palabras de Bayod López, *Idem;* y 2025, pp. 59 y 62.

[57] Interesa recordar al respecto que el artículo 3.a Convención NU de 2006 formula, entre sus principios rectores, el de «respeto de […] la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas». Por su parte, y en lo que aquí interesa, el artículo 12.4 impone a los Estados partes la obligación de establecer las salvaguardas necesarias para asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

apoyo (art. 169-7 y 169-10.1) y en la libertad reconocida al interesado para diseñar su curatela presente o futura y, en general, para otorgar disposiciones sobre su persona y bienes (arts. 113 y 114); y segunda, que el respeto a la libertad de la persona con discapacidad para tomar sus propias decisiones y, por ende, la debida atención a su voluntad y preferencias es una pauta esencial a respetar por los titulares de las medidas de apoyo en lo que hace a su ejercicio, así como las autoridades que puedan estar implicadas en su establecimiento y revisión ulterior[58].

Hasta este punto, la norma aragonesa sigue el mismo enfoque que se adoptó a nivel estatal por la Ley 8/2021. Coinciden así ambos Ordenamientos en la adopción de la voluntad y las preferencias como principio fundamental que orienta sus respectivos sistemas de apoyo, no sin algún matiz de importancia como es el relativo a la omisión en el CDFA del término «deseos» –omnipresente en el Código civil– por su excesivo subjetivismo, para referirse, en su lugar a la libertad de la persona con discapacidad para tomar sus propias decisiones, expresión acorde con la Convención y, a mi juicio, más acotada. Son así numerosos los preceptos del CC que imponen el deber de actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad tanto a quienes prestan apoyo (arts. 249.2, 250.2, 258.3, 264.1, 282.3, 295.2 y 297) como a la autoridad judicial a la hora de intervenir ya sea en su fijación o funcionamiento ulterior (arts. 249.4, 268.1, 270.1 y 288). Por añadidura, conviene reparar en aquellos preceptos que atribuyen a la voluntad del interesado un papel preferente en orden a la fijación (art. 255, referido a las medidas voluntarias) o, en su caso, diseño de las medidas de apoyo (art. 271, relativo a la autocuratela)[59].

De igual modo, ambos Ordenamientos están conformes en no configurarlo como un principio absoluto, para admitir su ajuste en circunstancias excepcionales en las que no resulta posible atender a la voluntad de la persona con discapacidad. Sin embargo, a partir de aquí el tratamiento que dispensan a esta cuestión resulta totalmente divergente. A este respecto, es sabido que la Ley 8/2021 optó por alinearse con la posición sustentada al respecto por el Comité de UN sobre derechos de las personas con discapacidad (Observación

[58] Coincido aquí con Guilarte Martín-Calero, 2022, pp. 46-47, cuando afirma que, en este contexto, el término «voluntad» no debe entenderse en sentido técnico jurídico, esto es, como «voluntad libre y consciente que se manifiesta a través del consentimiento», ya que, de ser así, producirá por sí sola los efectos que le son propios, –añado– aun cuando la persona con discapacidad necesite un mero apoyo de acompañamiento.

[59] Corroboran esta lectura Guilarte Martín-Calero, 2022, p. 45; y Martínez de Aguirre, 2022, p. 697.

núm. 1/ 2014)[60], prescindiendo del principio del interés de la persona con discapacidad, hasta entonces inspirador del sistema, para sustituirlo por el criterio de la trayectoria vital y, además, sólo para el caso de que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias *ex* artículo 249.3 CC[61]. No ha sucedido así, en cambio, en la reforma del CDFA, donde se ha mantenido –a mi juicio, de modo muy razonable–[62], el criterio del interés, entendiendo por tal, en un planteamiento acorde con la Convención, «lo que objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses» de la persona con discapacidad» (art. 37.2). Con todo, el recurso a este criterio de actuación no se ha circunscrito al caso de que no puedan conocerse la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad[63], habiéndose incluido otras hipótesis adicionales que pueden debilitar en la práctica la primacía del principio de respeto a la voluntad y preferencias. En este punto me permito manifestar mi respaldo a la incorporación del límite a la voluntad y preferencias referido al «perjuicio significativo» para la persona con discapacidad[64] e, incluso, para las personas a su cargo; pero no tanto los relativos al grave perjuicio para terceros y a la imposibilidad o extraordinaria dificultad de su cumplimiento y, más, cuando en lo que se refiere a este último, el artículo 3 CDFA se refiere a «lo imposible» como uno de los límites del *standum est chartae*[65].

---

[60] En este sentido, interesa reproducir la siguiente declaración vertida en el § 21 de la Observación CDPD núm. 1 (2014): «Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguarda que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás».

[61] Como así lo constatan en términos de valoración positiva García Rubio, *RDC*, 2018, pp. 31-33; y Quesada Sánchez, 2022, pp. 63-64. No obstante, existe un importante sector de la doctrina que considera oportuno seguir acudiendo al interés de la persona con discapacidad como criterio subsidiario (entre otros, Álvarez-RoyoVillanova, *El Notario del Siglo xxi,* 2021; Munar Bernat, 2021, pp. 183-184; De Las Heras García, *ULPLR*, 2022, p. 32; García Herrera, 2022, pp. 356-357 y 360; Pereña Vicente, Pereña Vicente, 2022a, p. 155 y 2022b, p. 167-169; De Verda y Beamonte, *RJN*, 2022, p. 75; De Salas Murillo, *AJI*, 2022, pp. 37-38; y Martínez de Aguirre, 2022, pp. 708-709).

[62] Como ya defendí en otro lugar: *ADC*, 2022, pp. 1646-1647. *Vid.*, asimismo, en términos de valoración positiva Barreda Hernández, *ADA*, 2024, p. 19; y Serrano García, 2024, p. 51-52.

[63] Expresión esta con la se pretende incluir tanto los casos en los que no existe voluntad como aquellos otros que, aun habiendo existido, no pueda conocerse haciendo las indagaciones oportunas (acta núm. 285, de 28 septiembre 2022, de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil).

[64] De hecho, cuestionan la ausencia de este límite en Derecho estatal Guilarte Martín-Calero, 2022, pp. 48-49; y Martínez de Aguirre, 2022, p.708.

[65] Como hice constar en el acta núm. 285, de 28 septiembre 2022, de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Por último, interesa advertir la renuncia por parte de ambos Ordenamientos a incluir expresamente el derecho a rechazar los apoyos, como, sin embargo, propugna el CDPD en su Observación núm. 1 (2014)[66]. A partir de ahí, la pregunta surge inevitable: ¿es posible establecer medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad? Si la cuestión resulta un tanto vidriosa en Derecho estatal[67], el legislador aragonés ha optado por incorporar al CDFA un precepto del que resulta una clara declaración de intenciones al respecto, a la par que plenamente respetuosa con el artículo 12.3 Convención. Me refiero al artículo 34.3, según el cual «se garantizarán las medidas de apoyo que la persona con discapacidad pueda necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». De este modo, en Derecho aragonés, el establecimiento de las medidas de apoyo se configura como una obligación genérica dirigida a la sociedad[68], si bien circunscrita al caso de que exista una verdadera necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, entendida tal necesidad exclusivamente en el sentido de imposibilidad o dificultad para comprender, valorar o expresar el consentimiento en la toma de decisiones *ex* artículo 34.2 CDFA[69]. A partir de ahí, y por lo que hace a las medidas judiciales, coincido con la doctrina vertida por la STS núm. 964 de 21 diciembre 2022 en relación al CC, según la cual sólo procederá su adopción contra la voluntad del interesado cuando se acredite debidamente que la discapacidad afecta a la toma de decisiones con efectos jurídicos[70]. No puede decirse, sin embargo, lo mismo respecto del mandato de apoyo, desde el momento en que es fruto precisamente del libre acuerdo de la persona con discapacidad con el mandatario, ello sin perjuicio de que se le faculte para revocarlo aun iniciada su eficacia (art. 169-6.3.º, en relación con el art. 169-1 CDFA). Ni tampoco

[66] Observación CDPD núm. 1 (2014), § 29.

[67] La Ley 8/2021 no incluye expresamente el derecho a rechazar los apoyos, pero tampoco incluye ningún precepto del que se desprenda el deber de garantizar –y, en caso, imponer– los apoyos cuando sean necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica que, a mi entender, se deriva del artículo 12.3 Convención NU de 2006. A partir de ahí, existe una profusa doctrina al respecto, con autores que esgrimen argumentos normativos a favor (García Rubio y Torres Costa, 2022; Quesada Sánchez, 2022, p. 68; y Ruiz-Rico Ruiz, 2022, pp. 116-118) y otros, en contra (De Salas Murillo, *RCDI*, 2020, pp. 2243-2245; Guilarte Martín-Calero, 2022, p. 40, con matices; García Herrera, 2022, pp. 351-353; y Pereña Vicente, 2022b, pp. 163-165).

[68] Como consta en el acta núm. 284, de 14 septiembre 2022, de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

[69] En la jurisprudencia menor, comparten esta lectura las SSAP de Zaragoza núm. 417 de 18 noviembre 2024 y núm. 538 de 20 enero 2025, en cuanto ambas confirman el fallo de primera instancia favorable a la constitución de la curatela asistencial, por entender que los demandados presentan «limitaciones en su capacidad jurídica que aconsejan, en su propio beneficio, la implantación de medidas adecuadas para su apoyo».

[70] STS núm. 964 de 21 diciembre 2022. En la doctrina comparte esta lectura Guilarte Martín-Calero, 2022, p. 39.

en relación a la guarda de hecho, habida cuenta que, en este caso, el apoyo prestado reside exclusivamente en la idea de la voluntariedad, lo que no obsta para que la persona con discapacidad pueda solicitar su cese a la autoridad judicial, aunque, eso sí, conforme al artículo 169-14.3.º CDFA, su prosperabilidad queda supeditada a que «lo considere conveniente».

4. LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD

El legislador aragonés también se ha propuesto implementar en el nuevo marco normativo resultante de la reforma los principios de necesidad y proporcionalidad, formulados en el artículo 12.3 Convención NU de 2006. Ya en el Preámbulo de la Ley 3/2024 se pone el acento en la importancia del principio de «intervención mínima», lo que se traduce a estos efectos en la idea de que las medidas de apoyo deberán «limitarse a las estrictamente necesarias y ser proporcionales y estar adaptadas a sus circunstancias», tal y como se ha hecho constar expresamente en el artículo 36.1 CDFA[71].

Se ha pretendido así garantizar a las personas con discapacidad la prestación de apoyos exclusivamente si lo necesitan para el ejercicio de su capacidad jurídica por tener imposibilidad o dificultad «para comprender, valorar o expresar por sí sola el consentimiento en la toma de decisiones» (art. 34.2 CDFA)[72] y, además, sólo en la medida que lo necesiten en atención a «sus circunstancias», entiéndase no sólo personales, sino también familiares y sociales (art. 36), en un planteamiento acorde con el modelo social de la discapacidad que subyace, no sin matices, en la Convención[73]. Resulta revelador al respecto el artículo 169-15 cuando prevé, en relación a la curatela, que su extensión se graduará «en función de las concretas necesidades que tenga la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica», abiertamente inspirado en la doctrina del traje a medida

[71] Los mismos principios inspiran el régimen estatal, de acuerdo con los artículos 249.1 y 268 CC, referidos respectivamente a las medidas de apoyo en general y las medidas judiciales en particular. Es más, existe ya una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que apela expresamente a estos principios con el propósito de reorientar el recurso recurrente a las curatelas representativas, presente todavía en algunas instancias judiciales inferiores (SSTS núm. 854 de 12 junio 2024, núm. 1143 de 18 septiembre de 2024 y núm. 1188 de 24 septiembre 2024). E incluso para dejar sin efecto una curatela asistencial, por considerar que la discapacidad que presenta la interesada «no afecta a su toma de decisiones con efectos jurídicos en sus asuntos personales y matrimoniales que es la que justifica una medida judicial de apoyo» (STS núm. 964 de 21 diciembre 2024).

[72] Coincido en este punto en la exigencia de acreditar la necesidad de apoyo a que se refiere Guilarte Martín-Calero, 2022, p. 35.

[73] Como señaló en su momento la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, 2016, pp. 8-9.

acuñada por el Tribunal Supremo ya con anterioridad a la reforma estatal de 2021[74].

Es más, en aras del debido respeto al principio de proporcionalidad se ha diseñado un sistema escalonado de apoyos, de menor a mayor intensidad, en la toma de decisiones de la persona con discapacidad, según resulta de la lectura del artículo 35.1 CDFA. De este modo, con el primero de los apoyos referidos en dicho precepto –el apoyo de acompañamiento– la persona con discapacidad decide por sí sola, de tal manera que quien presta el apoyo se limita a ayudarle a la hora de comunicar su voluntad y/o a comprender los actos jurídicos y sus efectos; con el segundo –el apoyo asistencial–, la persona con discapacidad decide por sí misma, pero necesita la asistencia o asentimiento de quien le presta el apoyo; y, con el tercero –el apoyo representativo–, a adoptar excepcionalmente en última instancia, ya no es la persona con discapacidad la que decide por sí sola o por sí misma, sino quien le presta el apoyo en su nombre y representación[75], con exclusión, eso sí, de los actos que exigen una actuación personal, como precisa el mismo precepto en su aptdo. 2[76]; entre otros, la autocuratela (art. 113), los capítulos matrimoniales (art. 199.1.b), el pacto sucesorio (art. 378), el testamento (art. 408.1) y el nombramiento de fiduciario (art. 439).

Esta triple función que se atribuye a las medidas de apoyo en abstracto en el precitado precepto encuentra más adelante su plasmación en la regulación específica de las diferentes medidas a que se da entrada en el nuevo sistema. En particular, respecto del mandato de apoyo se prevé que habrá de determinar los concretos apoyos a prestar por el mandatario, pudiendo incluir cualquiera de las funciones señaladas (art. 169 CDFA). Lo mismo sucede con la curatela, en cuanto se da entrada a tres modalidades a adoptar por el Juez: la curatela de comunicación y acompañamiento, la curatela asistencial y la curatela con facultades de representación, que, además, son compatibles entre sí (arts. 169-19 a 169-25 CDFA). Esta afirmación es, igualmente, válida para la guarda de hecho, ya que, aunque el aptdo. 1 del artículo 169-12 CDFA parece dar a entender que el guardador sólo tiene funciones de acompañamiento y asistencia, la lectura de sus aptdos. 5.º y 6.º permiten afirmar que también podrá desempeñar actuaciones representativas[77]. Y creo que también en relación al defensor judicial, como argumentaré más

---

[74] Por todas, STS núm. 341 de 1 julio 2014.

[75] Como señala Serrano García, 2024, pp. 49-50.

[76] Cuestión esta silenciada en Derecho estatal, como señala Cortada Cortijo, *AC*, 2022, p. 4.

[77] Comparten esta opinión Bayod López, 2024, p. 143; y Serrano García, *ADA*, 2024, p. 10.

adelante, aunque ciertamente el artículo 129 CDFA se haya limitado a reproducir la fórmula anterior, referida exclusivamente a la asistencia y representación, esto es, al apoyo como complemento de capacidad.

5. EL PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD Y NECESARIA REVISIÓN

Otro de los principios esenciales de la Convención NU de 2006 que ha tenido su debido reflejo en el CDFA es el de temporalidad y consiguiente revisión. Tal principio, que guarda estrecha conexión con el de necesidad, se encuentra formulado con alcance general en el artículo 36.2, en términos prácticamente idénticos a los del artículo 12.4 Convención, esto es: que las medidas de apoyo «se aplicarán durante el plazo más corto posible» y «que deberán estar sujetas a revisiones periódicas».

A partir de ahí, en un planteamiento parcialmente coincidente con el artículo 268. 2 y 3 CC, la reforma aragonesa de 2024 ha puesto el foco de atención en la curatela para sujetarla en el artículo 169-18 a un plazo de revisión de tres años, si bien se faculta al Juez a establecer excepcional y motivadamente un plazo «superior», cuya duración se deja a su arbitrio. A la par, se admite la revisión antes del transcurso de dichos plazos, ya sea el de tres años o, en su caso, el más amplio que haya fijado el Juez, ante cualquier cambio «relevante» –matiz que no incluye la norma estatal–[78] en la situación de la personas que pueda requerir la modificación de la curatela inicialmente adoptada[79]. En cualquier caso, la revisión de la curatela habrá de dirigirse a determinar la subsistencia de su necesidad y, en caso afirmativo, a reformular las concretas funciones que fueron atribuidas al curador[80].

El CDFA no hace extensivo, sin embargo, este régimen de revisión al defensor judicial, desde el momento en que sigue conservando los caracteres con que fue configurado cuando se le dio entrada en el Ordenamiento aragonés como son la transitoriedad y supletoriedad, sin que adicionalmente se le haya atribuido el papel

[78] No sin cuestionarlo, con razón, Vivas Tesón, 2022, p. 511.

[79] Interesa aclarar al respecto, que, si bien el Proyecto de Ley de reforma del CDFA recogía el límite de los seis años previsto en el artículo 268.2 CC, en fase de tramitación parlamentaria fue suprimido, pensando fundamentalmente en aquellas enfermedades degenerativas o congénitas en que no es previsible que la persona con discapacidad alcance un mayor grado de autogobierno, como, por lo demás, sostiene en Derecho estatal Velilla Antolín, *El Notario del siglo xxi*, 2022.

[80] Afirmación vertida por Guilarte Martín-Calero, 2022, p. 53, en relación al artículo 238 CC, que bien puede extrapolarse al artículo 169-18 CDFA.

de medida autónoma de apoyo, como, en cambio, ha sucedido en el Derecho estatal (arts. 250.6 y 295.5.º CC). De esta obligada revisión judicial también quedan exentas las demás medidas de apoyo que integran el sistema aragonés como son el mandato de apoyo y la guarda de hecho, lo que se justifica por la voluntariedad inherente a las mismas. No obstante, desde el momento en que el mandato de apoyo no es sino un contrato, nada impide a ambas partes la inclusión de mutuo acuerdo de algún mecanismo de revisión en el momento de su otorgamiento, ello sin descartar su posible revisión judicial *ad futurum* al amparo de la doctrina *rebus sic stantibus,* en atención a su naturaleza de contrato de tracto sucesivo.

6. EL PRINCIPIO DE APOYO DESINTERESADO Y LEAL

El principio de apoyo desinteresado y leal se encuentra formulado en el artículo 36.3 CDFA en los mismos términos que el artículo 12.4 Convención NU de 2006. En concreto, dicho precepto se refiere a la necesaria implementación de salvaguardas para impedir los abusos en el ejercicio de las medidas de apoyo y garantizar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida[81]. Asimismo, la Ley 3/2024 ha incorporado numerosos preceptos al CDFA a modo de aplicación específica de este principio. Pueden mencionarse, entre otros, el artículo 42 que se ocupa de resolver la posible existencia de intereses contrapuestos entre la persona con discapacidad y quien le presta apoyo, ofreciendo soluciones diversas en función de la concreta modalidad de apoyo prestado. El artículo 45-9 que posibilita la intervención judicial, de oficio o a instancia de parte –ya sea de la propia persona con discapacidad o de cualquier interesado, o del Ministerio Fiscal–, para adoptar medidas en cualquier procedimiento para evitar abusos en ejercicio de las medidas de apoyo o, en general, evitar cualquier perjuicio a la persona con discapacidad. El artículo 105 que faculta a la autoridad judicial, en defecto de disposición voluntaria al respecto, a fijar las medidas que estime oportunas para evitar abusos y conflictos de intereses en el ejercicio de la medida de apoyo. El artículo 169-6.6.º que contempla la posible extinción del mandato de apoyo por decisión judicial cuando su ejecución ponga en peligro

[81] La misma inquietud por prevenir los abusos y evitar la influencia indebida y los conflictos de intereses subyace en la reforma estatal, como resulta, entre otros, de la lectura de los artículos 250.7 y 251 CC referidos a las medidas de apoyo en general, el artículo 255.3 CC sobre las medidas voluntarias de apoyo, el artículo 265 CC sobre la guarda de hecho, el artículo 270.1 CC sobre las medidas judiciales en general y el artículo 283 CC sobre la curatela.

los intereses del mandatario. Y los artículos 169-12.6 y 169-24 que supeditan aquellos actos de mayor trascendencia patrimonial a realizar respectivamente por el guardador de hecho y el curador con facultades representativas a la necesaria autorización o, en su caso, aprobación de la Junta de Parientes o el Juez.

Complementariamente, el artículo 36.4 impone a quienes ejerzan medidas de apoyo el deber de actuar en beneficio de la persona con discapacidad y, lo que es más importante, les hace extensivo el módulo de diligencia exigida a los progenitores en el ejercicio de la autoridad familiar (art. 95) como es la «misma diligencia que empleen en sus propios asuntos»[82]. En coherencia con ello, el artículo 110 –en coincidencia con el artículo 294 CC referido a la curatela– los declara civilmente responsables, como a los antiguos titulares de instituciones tutelares, por los posibles daños que su actuación negligente cause a la persona con discapacidad. La acción para exigir esta responsabilidad está sujeta a un plazo de prescripción de tres años a contar desde el cese en el cargo o, tratándose de la curatela, desde la rendición de cuentas[83].

III. EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS RESULTANTE DE LA REFORMA

1. NOCIÓN Y CARACTERES DE LAS MEDIDAS DE APOYO

De lo hasta aquí expuesto puede deducirse que uno los conceptos básicos en torno a los cuales gira la reforma del Código foral aragonés es el de apoyo. Ahora bien, ¿qué significado debe darse a este término a efectos jurídicos?

La cuestión no resulta baladí desde el momento en que el artículo 12.3 Convención NU de 2006 incorporó este término al ámbito jurídico, de modo acorde con el modelo social de la discapacidad que inspira su articulado, pero sus redactores renunciaron finalmente a acotar su significado, tratando de evitar que los Estados parte lo redujeran a un mero trasunto de las antiguas instituciones tutelares

[82] De modo más impreciso se pronuncia al respecto el artículo 282.2 CC cuando prevé que el curador habrá de desempeñar sus funciones con la «diligencia debida», expresión esta que algún autor (Platero Alcón, *RJN*, 2024, p. 269) ha identificado con la desfasada diligencia propia de un buen padre de familia.

[83] Con anterioridad a la reforma, la SAP de Zaragoza núm. 586 de 14 de marzo de 2019 declaró responsable al ex tutor (removido en un proceso anterior) por los daños causados en el patrimonio de su hermano, en un supuesto en el que resultó probada la inexistencia de rendición de cuentas por la actitud obstruccionista de aquél a verificarlas, así como que durante el tiempo en que desempeño la función tutelar se apropió para sí de la pensión de su hermano sin abonar la residencia donde estaba ingresado.

y, por ende, que se siguiese perpetuando la exclusión de las personas con discapacidad de su propio proceso de toma de decisiones[84]. Con todo, tratando de zanjar cualquier duda que pudiese suscitarse al respecto, no pocos países formularon reservas y declaraciones interpretativas al artículo 12.3 en el sentido de interpretar que la Convención permite decidir «con» e, incluso, «por» las personas con discapacidad de modo excepcional y con las salvaguardas necesarias. No obstante, como ya se ha indicado, España la ratificó sin hacer reserva ni aclaración alguna[85].

Ocurre, sin embargo, que el Comité UN sobre los derechos de la persona con discapacidad en su Observación núm. 1 (2014) sobre igual reconocimiento como persona ante la ley optó, a mi juicio, por una lectura parcial y sin sustento normativo del término «apoyo» en el sentido de descartar en todo caso el apoyo sustitutivo o representativo de las personas con discapacidad. Así, aunque el Comité no deja de reconocer que tal término acuñado por la Convención es «un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos de distintos tipos e intensidades», entiende que «nunca debe consistir en decidir por ellas», ya que «en todo momento, incluso en las situaciones de crisis debe respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones» [86]. Es más, tal interpretación vertida con carácter general en la referida Observación se encuentra presente en las dos observaciones dirigidas específicamente al Estado español (Observaciones finales 2011 y 2019), recomendándole la «abolición por completo de las medidas de sustitución en la toma de decisiones».

En este contexto, es obvio que, al acometerse en Derecho español la sustitución del anterior sistema tutelar por el modelo basado en apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, se suscitó el complejo dilema de delimitar (o no) el significado de esta herramienta y, por consiguiente, de decidir si se adoptaba la interpretación recomendada por el Comité en contra de la inclusión de funciones representativas. A partir de ahí, la solución que dispensan a esta cuestión los Derechos estatal y aragonés resulta parcialmente coincidente, en cuanto que en ambos Ordenamientos se ha dado entrada como último recurso a la representación en la toma de

[84] Según resulta de las afirmaciones vertidas en los § 21 y 22 del informe correspondiente a la 5.ª sesión (24 enero a 4 febrero de 2005) del Comité Especial encargado de preparar una Convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (URL: https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reports.htm).

[85] Información extraída de García Pons, *ADC*, 2013, pp. 67-68; y Pastor Palomar, *REEI*, 2019, pp. 19-20.

[86] Observación CDPD núm. 1 (2014), § 17 y 18.

decisiones, en lo que constituye, en mi opinión, la lectura correcta de la Convención (art. 249.3 CC y art. 35.1 *in fine* CDFA)[87]. Pero junto a ello, tratando de corregir la indefinición en que incurre el Derecho estatal a la hora de concretar las funciones de menor intensidad a desempeñar por las medidas de apoyo, la norma aragonesa ha incorporado expresamente la distinción entre, de una parte, el apoyo en la comunicación y la comprensión y, de otra, la asistencia –entendida en el sentido de asentimiento *ex* artículo 27 CDFA–[88] como posibles funciones a desempeñar por las medidas de apoyo. Con esta fórmula legal, que recoge el CDFA en su artículo 35 respecto a las medidas de apoyo en general y desarrolla en sus artículos 169-20 a 169-23 en relación a la curatela, se ha pretendido que las medidas de apoyo, a diferencia de las antiguas instituciones tutelares, no funcionen exclusivamente como complemento de capacidad ya sea para decidir «por» (representación) o «con» (asistencia) la persona con discapacidad cuando tenga dificultades para la válida formación de su consentimiento, sino de dar entrada a un tipo de apoyo menos intenso y, por ende, invasivo, en el que la persona que lo preste se limite a ayudarle en la comunicación y/o en la comprensión de aquellos actos que pueda realizar por sí solo.

De una manera más ambigua, sin embargo, se expresa el Código civil[89], toda vez que, si bien su artículo 249.2 parece referir el término apoyo exclusivamente al acompañamiento a la persona con discapacidad en el proceso de formación de su voluntad[90], en otros de sus preceptos (en particular, arts. 250.2. 269.2 y 282.3) se refiere a la asistencia sin delimitar su concreto alcance, como hubiera sido oportuno, dada su indudable repercusión en el correcto desenvolvimiento de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico. Con todo, con base al principio de proporcionalidad a que han de ajustarse todas las medidas de apoyo *ex* artículo 249.1 CC y en atención, asimismo, a los términos en que se expresa el Preámbulo de la Ley 8/2021 a la hora de referirse al apoyo como

[87] En particular, el artículo 249.3 CC prevé que, excepcionalmente «cuando no se posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona», las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. Por su parte, el artículo 35.1 *in fine* CDFA prevé que las medidas de apoyo, «en atención a las circunstancias concurrentes» podrán consistir «en última instancia» en la representación en la toma de decisiones.

[88] Coincide en esta interpretación Serrano García, 2024, p. 49.

[89] Coincide en esta apreciación Bayod López, 2024, p. 143, nota 5.

[90] En lo que aquí interesa, el artículo 249.2 CC prevé que las personas que presten el apoyo «procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias».

idea central del sistema[91], creo que puede defenderse que sus redactores pretendieron incorporar las medidas de apoyo en su sentido más amplio y, por tanto, no limitarlo a los apoyos de menor y mayor intensidad como son, de una parte, la mera ayuda en la comunicación y comprensión y, de otra, la representación, dando cabida también al apoyo intermedio en que consiste la asistencia entendida como asentimiento o conformidad al acto, cuando ello sea necesario[92].

Por lo demás, la Ley 3/2024 ha decidido extrapolar a las medidas de apoyo buena parte de los caracteres que la LDp otorgó a las entonces instituciones tutelares de menores e incapacitados. Dedica así un precepto específico del CDFA a relacionarlos: el artículo 102, en sede de disposiciones generales a las instituciones tutelares y medidas de apoyo. Dicho precepto –que no tiene correspondencia en el Código civil– se integra de cuatro apartados, el primero de ellos dedicado a las medidas de apoyo judiciales y los tres últimos referidos a las medidas de apoyo en general. Empezando por los caracteres comunes a todas las medidas de apoyo, su aptdo. 2 les atribuye carácter personal, excluyendo la posibilidad de delegación, que no la de colaboración[93]. Como novedad, su aptdo. 3 se refiere al respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad como principio que ha de inspirar su ejercicio, si bien modulado por el de su interés, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. En tercer lugar, según resulta de su aptdo. 4, otros caracteres de las medidas de apoyo son, de una parte, su sujeción a control judicial que regula detalladamente el artículo 105; y, de otra, la gratuidad, a no ser que se haya fijado expresamente su remuneración conforme a las reglas del artículo 109.

---

[91] En particular, el Preámbulo de la Ley 8/2021 declara lo siguiente: «la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones».

[92] Con todo, es una opinión muy debatida en la doctrina, con autores a favor de la interpretación que aquí se sustenta (Ribot Igualada, 2019, p. 243; De Salas Murillo, *RCDI,* 2020, pp. 2246-2247; Martínez de Aguirre, *AJI*, 2022, p. 699; Parra Lucán, 2022, p. 331; y Pereña Vicente, 2022a, pp. 144-145, y 2022b, p. 181). Pero también otros que identifican el término «asistencia» del CC exclusivamente con el acompañamiento o ayuda en la comprensión y comunicación (Vivas Tesón, 2021, p. 285; Albiez Dohrmann, 2022, p. 521; Guilarte Martín-Calero, 2022, pp. 57-58; Pallarés Neila, 2022, pp. 264-265; Represa Polo, 2022, pp. 315, 317 y 324; y Blandino Garrido, 2024, pp. 163-167).

[93] Esta previsión se reitera por lo que hace al mandato de apoyo en el artículo 169-4.3 CDFA.

Por su parte, el aptdo. 1, referido específicamente a las medidas judiciales de apoyo, declara que constituyen un deber, lo que implica, como regla, la obligatoriedad de su desempeño, admitiéndose excepcionalmente la excusa de su ejercicio en los casos legalmente tasados que no son otros que los del artículo 125. No obstante, más allá del tenor literal de dicho aptdo., lo mismo creo que puede predicarse del mandato de apoyo, aunque de modo más matizado, ya que el mandatario queda obligado a su cumplimiento desde su aceptación (art. 169-3), pero se permite su renuncia, siempre que sea debidamente formalizada ante notario y notificada fehacientemente al mandante, aunque sin necesidad de alegar excusa alguna, como hubiera sido oportuno (art. 169-6.4.º). No así, en cambio, respecto de la guarda de hecho, desde el momento en que se ejerce «por iniciativa propia» y, por consiguiente, el guardador puede «dejar de actuar como tal» cuando estime conveniente, si bien con la obligación de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial o entidad pública, salvo imposibilidad o asunción de la guarda por un tercero (arts. 169-9 y 169-14.2.º). Ahora bien, al margen de estas precisiones, interesa advertir que en el nuevo régimen aragonés de discapacidad la falta de aceptación o renuncia al ejercicio de una medida de apoyo –cualquiera que sea– que precise el causante sin causa justificada conlleva una sanción civil como es la incapacidad para suceder por indignidad sucesoria (art. 328.j).

2. DISTINCIÓN ENTRE MEDIDAS DE APOYO Y APOYOS ESPONTÁNEOS E INFORMALES

Otra novedad a destacar de la reforma aragonesa tiene que ver con la distinción entre medidas de apoyo y apoyos informales, inspirada en la Observación general núm. 5 (2017) del Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Así, bajo la rúbrica «apoyos espontáneos e informales» la Ley 3/2024 ha incorporado un precepto, el artículo 39 CDFA –sin equivalente en el CC–[94], con el que se pretende dar una mínima cobertura jurídica a los apoyos espontáneos que pueda recibir puntualmente una persona con discapacidad de su

[94] Advierte, no sin cuestionarlo, del silencio del CC respecto a los apoyos informales Solé Resina, *La Ley Derecho de familia*, 2021, pp. 2-4. Ello resulta particularmente llamativo cuando el artículo 42 bis.3 LJV contempla la posibilidad de que, en la entrevista del Juez con la persona con discapacidad, esta le informe acerca de «las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa […] mediante su entorno social o comunitario», expresión esta en la que, en mi opinión, tienen cabida los apoyos informales.

entorno familiar y/o comunitario para desenvolverse en su vida ordinaria. A partir de ahí, dicho precepto no dota a estos apoyos de un régimen jurídico propio, sino que se limita a recordar que hay ciertas instituciones jurídicas, tales como la gestión de negocios sin mandato, el pago por y para tercero o el contrato a favor de terceros, que dan soporte a este tipo de actuaciones, siempre que se lleven a cabo de buena fe y con la diligencia que el interviniente emplea en sus propios asuntos, pero sin pretender dar entrada a una subespecie de guarda de hecho o, en general, de medida de apoyo[95]. No precisa, sin embargo, dicho precepto el alcance de tales apoyos, que, por mi parte, considero que habrá circunscribirse a actos de escasa trascendencia económica o jurídica, a fin de prevenir abusos de terceros.

3. DESTINATARIOS

Otro extremo, a mi juicio, relevante, que resuelve la Ley 3/2024, alejándose de la indefinición de la Ley 8/2021, tiene que ver con la concreción de los destinatarios de las medidas de apoyo. De este modo, si en el régimen de la discapacidad resultante de la reforma estatal se ha renunciado a precisar las causas que determinan la necesidad de apoyos[96], el legislador aragonés ha preferido incorporar al Código foral (art. 34.2) una noción de «discapacidad» –que ya no de «incapacidad»– a efectos jurídico civiles, refiriéndola a aquella «situación previsiblemente permanente que impide o dificulta a la persona comprender, valorar o expresar por sí sola el consentimiento en la toma de decisiones, tanto en aspectos personales como patrimoniales». La reforma aragonesa ha delimitado así su campo de acción en torno a aquellas personas cuya discapacidad, ya sea psíquica –las más– o física, les impide o dificulta tomar decisiones por sí solas de modo persistente[97]. Solo a tales personas se le deben garantizar las medidas de apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, de mayor o menor intensidad en función de que su discapacidad les impida

[95] Coincide en esta apreciación Calatayud Sierra, 2024, p. 112.

[96] Lo cierto es que no resulta muy clarificadora al respecto la redacción dada a la DA 4.ª CC por la Ley 8/2021 según la cual, como regla, «toda referencia a la discapacidad habrá de entenderse a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica». Coinciden en esta apreciación Escartín Ipiens, *RDC*, 2018, p. 89; Magariños Blanco, *RDC*, 2018, p. 202; Pereña Vicente, *RDC*, 2018, p. 64-66; Ribot Igualada, 2019, pp. 228-230; Carrasco Perera, *Novedades Cesco*, 2021, pp. 3-4, y 2024, pp. 258-259; De Las Heras García, *ULPLR*, 2022, p. 23; De Salas Murillo, *AJI*, 2022, p. 19; y Martínez de Aguirre, *AJI,* 2022, pp. 700-701.

[97] Coinciden en esta apreciación Serrano García, 2024, p. 53; y Bayod López, 2025, p. 47.

o dificulte tomar por sí mismas sus propias decisiones (art. 34.3, en relación con el art. 35.1).

A partir de ahí, la aplicación de las medidas de apoyo contempladas en el CDFA –ya sea el mandato de apoyo, la guarda de hecho, la curatela o el defensor judicial– se circunscribe, como en el sistema estatal de apoyos[98], a las personas con discapacidad mayores de edad o menores emancipadas (art. 38.4). Ahora bien, ello no obsta para que el legislador aragonés haya tomado en consideración la realidad de aquellos menores no emancipados que tienen alguna discapacidad en el sentido del artículo 34.2. Se ha distinguido a tal fin entre menores y mayores de catorce años, en coherencia con la relevancia que a esta concreta edad atribuye tradicionalmente el Derecho civil aragonés, como ya se ha indicado.

En concreto, respecto a los menores de menos de catorce años se ha optado razonablemente por dispensarles un tratamiento uniforme, tengan o no discapacidad. Por tanto, como regla estarán sujetos a representación legal, a ejercer por los titulares de la autoridad familiar[99] o, en su defecto, su tutor (art. 5.3, 1.ª parte y art. 12.1 CDFA). Ello salvo aquellos actos que pueden realizar por sí solos cuando tengan suficiente madurez que concreta el artículo 7.1[100].

No obstante, para los menores mayores de catorce años con discapacidad se ha diseñado un régimen especial en el artículo 38.2 CDFA, consciente el legislador que el régimen general previsto para los menores mayores de catorce años puede resultar insuficiente cuando tengan alguna discapacidad que les impida actuar en el tráfico jurídico con la mera asistencia a la que se refiere el artículo 23 del mismo cuerpo legal. Para estos menores que necesiten un apoyo superior a la asistencia se ha articulado la posibilidad de que

---

[98] En atención al artículo 249.1 CC, en sede de disposiciones generales de las medidas de apoyo, así como al artículo 255 del mismo cuerpo legal, referido específicamente a las medidas voluntarias.

Con todo, conviene aclarar que en Derecho aragonés la mayoría de edad se adquiere a efectos jurídico civiles no sólo al cumplir dieciocho años, sino también por matrimonio (art. 4.1 CDFA); y que, además, se permite la emancipación de los menores a partir de los catorce años, previendo tres vías que vienen a coincidir con las del CC: por concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar, por concesión judicial y por vida independiente (arts. 30 a 32 CDFA).

[99] Nótese que, a diferencia del CC que circunscribe la patria potestad a los progenitores, el CDFA atribuye la titularidad de la autoridad familiar a los progenitores (art. 63), pero, junto a ellos y subsidiariamente, al padrastro/madrastra (art. 85), a los abuelos (art. 86) y a los hermanos mayores (art. 87).

[100] En particular, el artículo 7.1 CDFA legitima al menor con suficiente madurez para llevar a cabo los siguientes actos por sí solo: a) ejercer los derechos de la personalidad, si bien con la autorización de los titulares de la autoridad familiar o tutor y, en caso de negativa de alguno de ellos, con autorización judicial *ex* artículo 20.1.a CDFA; b) otorgar actos y contratos de la vida corriente, siempre que estén al alcance de su capacidad natural y sean conformes a los usos sociales; c) realizar aquellos otros actos para los cuales no requieren asistencia o representación, de acuerdo con las leyes, p.e. administrar ciertos bienes (art. 26.2) o aceptar una herencia (art. 346.1) a partir de los catorce años.

el Juez, ya sea en un proceso de provisión de apoyos o en el atinente a la ruptura de la convivencia de sus progenitores *ex* artículo 79.1 *in fine*, complemente sus apoyos con medidas representativas a ejercer por los progenitores que estén en el ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, el tutor, pudiendo hacerles extensivo, además, el régimen sobre autoridad familiar o tutela a que estaban sujetos hasta los catorce años[101]. Ello, en todo caso, a instancia de parte, ya sea el propio menor, sus progenitores, tutor o Ministerio Fiscal. De no ser así, los titulares de la autoridad familiar o el tutor se limitarán a prestarles los apoyos necesarios incluidos en sus respectivas facultades y, por ende, la mera asistencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 38.1.

Es más –y aquí se ha adoptado la solución del CC, artículos 91.2 y 254–, para aquellos menores entre dieciséis y dieciocho años respecto de los cuales se prevea que van a necesitar apoyo tras su mayoría de edad, en el artículo 38.3 CDFA se faculta al Juez a proporcionarles la «medida de apoyo que corresponda» –entiéndase, por lo que hace al sistema aragonés de apoyos, una curatela en cualquiera de sus modalidades– para cuando alcancen la mayoría de edad[102]; ello con atención a las disposiciones voluntarias que, en su caso, haya podido otorgar el interesado (art. 113) o sus progenitores (art. 116), ya que le vinculan como regla (art. 119). Se trata así de anticipar la curatela a que *ad futurum* va a estar sujeto ese menor y, por tanto, de no posponer el correspondiente procedimiento a que alcance la mayoría de edad, quedando en el interin bajo el paraguas de la protección que le dispense la autoridad familiar o tutela, en su caso, con ese contenido ampliado que le puede atribuir el Juez con base en el precitado artículo 38.2[103]. Puede

[101] Como clarifica Serrano García, 2024, p. 36, con tal previsión se está facultando al Juez, exclusivamente respecto de los menores con discapacidad mayores de catorce años, a acordar la prórroga hasta su mayoría de edad de la potestad de la guarda propia de un menor de catorce años. No se trata, por tanto, de una prórroga automática o *ex lege* de la autoridad familiar o tutela, sino que se deja al arbitrio judicial y, además, a instancia de parte. Tampoco están sujetos a la misma los mayores con discapacidad, desde el momento en que las figuras de la prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda que contemplaban los anteriores artículos 41 y 42 CDFA han sido suprimidas por su falta de adecuación a los postulados de la Convención NU de 2006 para ser sustituidas por una curatela especial de los progenitores en el nuevo artículo 169-28, a que me referiré más adelante.

[102] Entiéndase en el proceso de provisión de medidas judiciales de apoyo, pero también en el relativo a la ruptura de la convivencia de sus progenitores *ex* artículo 79.1 *in fine* CDFA. Esta previsión, que se corresponde con lo dispuesto en el artículo 770.8.ª LEC, obedece a razones de economía procesal, pero no por ello deja de ser cuestionable a la luz de los principios específicos que rigen la provisión judicial de apoyos, como advierte, en relación al artículo 91.2 CC, Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 142-143.

[103] No obstante, coincido con De Verda y Beamonte, *Diario La Ley*, 2022, p. 9, cuando, respecto al Derecho estatal, recomienda la debida prudencia en la ejecución de esta medida preventiva, circunscribiéndola a aquellos casos en que, en principio, no haya posibilidad de mejoría en la discapacidad que tengan los hijos.

suceder, sin embargo, que el propio menor, a partir de los catorce años y con asistencia, haya otorgado un mandato de apoyo (art. 168.1), cuya aplicación será, en principio, preferente a partir de su mayoría de edad (arts. 169-7 y 169-16).

Por añadidura, junto a estas previsiones pertenecientes estrictamente al ámbito jurídico civil, interesa reparar en aquellas otras incluidas en sede de instrumentos públicos de protección de menores (Cap. IV, Tít. IV, Libro I), dirigidas a garantizar la continuidad de los apoyos –entiéndase, materiales– especializados que vinieran recibiendo los menores con discapacidad o, en su caso, la adopción de otros más adecuados a sus necesidades, a fin de dar cumplimiento al mandato del artículo 7 Convención NU de 2006. Me refiero, de una parte, al artículo 158.2 CDFA –inspirado en el artículo 19 bis.1 LOPJM– que impone tal deber a la entidad pública que asuma su guarda, ya sea en su condición de titular de tutela administrativa u ordinaria o de la guarda administrativa; y, de otra, al artículo 163.2 CDFA –inspirado en el artículo 173.1, 2.ª parte CC– que, referido específicamente a los menores en acogimiento familiar, lo extiende a los acogedores en quienes la Administración haya delegado la función de guarda.

4. TITULARES

Tras la reforma de 2024, el CDFA también concreta quienes pueden ser titulares de las diversas medidas de apoyo, distinguiendo a tal fin –como en el anterior régimen sobre relaciones tutelares– entre personas físicas y jurídicas (art. 123, referido a las instituciones tutelares y medidas de apoyo en general, y art. 169-2, referido específicamente al mandato de apoyo)[104]. En concreto, tratándose de personas físicas, deben ser mayores de edad y estar en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, en el sentido de que no necesiten ellas mismas apoyos para su ejercicio. En cuanto a las personas jurídicas se exige, como antes, que «no tengan finalidad lucrativa»[105] y, de modo acorde con la filosofía que subyace en la Convención NU de 2006, que

[104] En los términos generales en que se expresa el artículo 123 CDFA («podrá ser titular de […] medidas de apoyo») puede defenderse que tales presupuestos son predicables de las diversas medidas de apoyo que contempla el CDFA, ya se trate del mandato de apoyo, la curatela y defensor judicial o la guarda de hecho.

[105] Se sigue excluyendo así el apoyo profesionalizado, en un planteamiento quizá demasiado restrictivo y poco acorde a la realidad social, particularmente en lo que hace a los adultos mayores. Coincide en esta apreciación, en relación al 275 CC, Escartín Ipiens, *RDC,* 2018, pp. 100-106, con abundante cita de Derecho comparado.

No obstante, por lo que hace a las personas jurídicas puede sostenerse su aptitud para ser guardadores de hecho, aun teniendo ánimo de lucro, desde el momento en que el artículo 169-9 COFA, dedicado específicamente a la guarda de hecho, se refiere a la «persona

entre sus fines figure, ya no la protección, sino «la promoción y asistencia a las personas con discapacidad». Por añadidura, ni las unas ni otras podrán incurrir en las causas de inhabilidad previstas en el artículo 124 CDFA y a que me referiré en el epígrafe siguiente.

Obviamente, el tenor de los artículos 123 y 169-2 CDFA recuerda a las previsiones contenidas en el artículo 275.1 CC, más allá de que este último, en relación las personas físicas, establezca como único requisito legal el de la mayor edad, para dejar al arbitrio judicial la valoración sobre su «aptitud para el adecuado desempeño de su función»[106]. Nótese, sin embargo, que dicho precepto se refiere exclusivamente a la curatela, sin que en sede de disposiciones generales sobre medidas de apoyo exista una norma que aborde esta cuestión de manera unitaria. Es más, los preceptos específicos relativos a las restantes medidas de apoyo tampoco aportan especial claridad al respecto[107].

El legislador estatal sí incorporó, no obstante, una prohibición en el artículo 250.8 CC que impide ejercer medidas de apoyo a quienes presten a la persona que necesite apoyo servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga en virtud de contrato[108]. Esta prohibición ha sido omitida en el Código foral aragonés, por considerar los redactores de la reforma que supone una restricción excesiva de la autonomía de la voluntad –en relación a las medidas voluntarias– o, en su caso, del arbitrio judicial –tratándose de medidas judiciales–. Ello sin olvidar que, por lo que hace a la guarda de hecho, de ser ejercida eficazmente por quienes prestan servicios de tal naturaleza, es muy probable que la persona con discapacidad no cuente con familiares o allegados dispuestos a asumir dicha función ni, en general, ninguna medida de apoyo[109].

---

jurídica» sin más calificativos. Coinciden en esta apreciación Arbués Aísa, 2024a, p. 171; y Bayod López, 2024, p. 144.

[106] No obstante, más allá del tenor literal del artículo 275 CC, Represa Polo, 2022, pp. 336-337 reconoce que difícilmente una persona con medidas de apoyo pueda apoyar a un tercero, aun como guardador de hecho.

[107] Con todo, Martín Azcano, 2022, p. 300 defiende, entre otros, la aplicabilidad del artículo 275 CC al defensor judicial.

[108] Por lo que hace al Derecho estatal, aclara Guilarte Martín-Calero, 2021, p. 552, que la inclusión de esta previsión responde a una propuesta del colectivo de las fundaciones tutelares como medida para prevenir posibles conflictos de interés. Más allá de que comparta la razón de fondo, personalmente me parece excesivo configurarla como prohibición absoluta, más cuando el CDFA dedica un precepto específico (art. 42) donde ofrece solución a la posible existencia de oposición de intereses entre la persona con discapacidad y quienes deban prestarle apoyo.

[109] Como hizo constar la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en el *Informe técnico de viabilidad de las propuestas presentadas en el trámite de audiencias legislativas*, p. 11 presentado a la Ponencia de las Cortes de Aragón del Proyecto de ley de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas (inédito).

5. RÉGIMEN GENERAL

La Ley 3/2024 ha traído consigo el necesario desglose del Libro I del CDFA entre las relaciones tutelares –que han pasado a reservarse a los menores– y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. De este modo, tras la reforma, el sistema aragonés de protección de menores sigue pivotando en torno, de una parte, a la tutela ordinaria de los menores no emancipados, la curatela de los menores emancipados y el defensor judicial como instrumentos privados de protección; y de otra, a la tutela y guarda administrativa como instrumentos públicos de protección. Ello sin olvidar el papel complementario reservado a la guarda de hecho (art. 100). Por su parte, el nuevo sistema de apoyos –circunscrito a los mayores y menores emancipados con discapacidad– se articula, por este orden, en torno al mandato de apoyo, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 101). Las unas y las otras se regulan por separado en sus Títulos IV y V, excepción hecha del defensor judicial al que se dispensa un tratamiento unitario en el capítulo V del Título III, ya opere como institución tutelar o medida de apoyo[110].

No obstante lo anterior, en un planteamiento divergente del Derecho estatal, el legislador aragonés ha optado por mantener una serie de normas comunes a ambas instituciones, al objeto de evitar las duplicidades en que se han incurrido en el Código civil, en cuanto resultan aplicables tanto a los menores como a los adultos con discapacidad. Tales normas integran su Título III, dividido en cuatro capítulos: el capítulo I que, bajo la rúbrica «Disposiciones generales», se ocupa de los modos de delación y nombramiento, los mecanismos de vigilancia y control, los derechos de índole económica y su sistema de publicidad; el capítulo II relativo a las disposiciones voluntarias sobre tutela y curatela; el capítulo III sobre la delación dativa de la tutela y curatela; el capítulo IV relativo a la capacidad e idoneidad para su desempeño, excusa y remoción; y el capítulo V, ya mencionado, sobre el defensor judicial.

[110] Obviamente, este esquema recuerda al acuñado por la Ley 8/2021, aunque no sin importantes divergencias. Así, por lo que hace al sistema estatal de protección de menores, la tutela ordinaria se sigue reservando a los menores no emancipados, mientras que al defensor judicial se le atribuye la función de prestar protección puntual tanto a los menores no emancipados –como en el régimen anterior– como a los menores emancipados –función reservada hasta entonces a la curatela– en suplencia de quienes deban prestarla. La tutela y guarda administrativa se mantienen sin modificación alguna. Se conserva, igualmente, la figura de la guarda de hecho del menor, si bien desglosada de la relativa a las personas con discapacidad. Por su parte, el sistema estatal de apoyos gira, como el aragonés, en torno a las medidas voluntarias de apoyo –entre ellas, los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela–, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Al examen del régimen común a las diversas medidas de apoyo se dedican los siguientes epígrafes, para luego analizar por separado cada una de ellas, distinguiendo a tal fin entre medidas voluntarias, medidas judiciales y guarda de hecho.

5.1 **Causas de inhabilidad, excusa y remoción**

Tras la reforma de 2024, son normas comunes a las relaciones tutelares y las medidas de apoyo las referidas a las causas de inhabilidad (art. 124), las excusas (art. 125) y la remoción (art. 126). Dichos preceptos tienen su equivalente en los artículos 275.2, 278 y 279 CC, no sin ciertas divergencias en orden a su ámbito de aplicación, en cuanto que en Derecho estatal se encuentra circunscrito a la curatela y al defensor judicial de la persona con discapacidad, pero también en lo que hace a su contenido.

5.1.1 Causas de inhabilidad

Las causas de inhabilidad, ahora referidas a los titulares de funciones tutelares de menores y de medidas de apoyo de adultos con discapacidad, se enuncian en el artículo 124.1 CDFA, no sin alguna modificación respecto del régimen anterior. En particular, se ha considerado oportuno dar entrada como causa autónoma a la condena por delito de violencia doméstica y de género (letra d), a la par que se ha mantenido la relativa a la condena por delito –siempre que sea distinto al de violencia doméstica o de género– que haga suponer fundadamente el mal ejercicio de la medida de apoyo (letra e). También se ha desglosado, pero también matizado, la anterior causa referida a la inhabilitación derivada de un proceso concursal, distinguiendo, de una parte, entre la inhabilitación temporal «para administrar bienes ajenos» cualquiera que sea su causa (letra j)[111]; y, de otra, la imputabilidad, directa o como cómplice, en la declaración de un concurso como culpable (letra k), en ambos casos salvo que el apoyo sea exclusivamente de índole personal. Por su parte, la causa referida al «importante conflicto de intereses» ha sido simplificada en el sentido de suprimir la referencia explícita a mantener con la persona con discapacidad pleitos sobre su estado civil o titularidad de los bienes o adeudarle sumas de consideración, por entender que tales situaciones pueden entenderse implícitas en tal expresión y, por ende, operar como causas de inhabilidad (letra i) o, si concurre de manera puntual, dar entra-

[111] Según precisa Arbués Aísa, 2024a, p. 171.

da a la solución menos drástica prevista en el artículo 42.1. Junto a ellas, se han mantenido sin modificaciones las causas relativas a la exclusión, privación o suspensión de la autoridad familiar o potestad de guarda (letra a), la remoción de un cargo tutelar o medida de apoyo anterior (letra b), la condena a cualquier pena privativa de libertad, circunscrita al tiempo de su cumplimiento (letra c), la imposibilidad fáctica y absoluta (letra f), la enemistad manifiesta con la persona con discapacidad (letra g)[112] y el mantenimiento de una conducta que puede resultar perjudicial a la promoción e integración a la persona con discapacidad o la carencia de medios de vida conocidos (letra h). Un elenco similar, aunque más restringido, de causas de inhabilidad formula el artículo 275 CC, distinguiendo a tal efecto entre causas de inhabilidad absolutas –las enunciadas en su aptdo. 2– y relativas –enunciadas en su aptdo. 3–; ello aparte de referirlo exclusivamente a la curatela y, por extensión, al defensor judicial *ex* artículo 297[113].

Es de destacar, asimismo, la profunda revisión de que ha sido objeto el régimen relativo a la dispensa de las causas de inhabilidad, tratando de aunar el régimen anterior con las novedades incorporadas al respecto en el Código civil por la Ley 8/2021. Se ha optado por restringir las causas dispensables a tres, en particular, las referidas a la condena por delito distinto a la violencia doméstica o de género que haga suponer un mal desempeño de la medida de apoyo (letra e), la existencia de importantes conflictos de intereses con la persona con discapacidad (letra i) y la imputabilidad en la declaración del concurso culpable de acreedores (letra k). Para ello se sigue facultando al propio interesado o sus progenitores como en el régimen anterior, pero también novedosamente al Juez –extrapolando la solución estatal–, si bien bajo ciertos presupuestos[114]. En particular, el artículo 124.2 CDFA, en un planteamiento

---

[112] De acuerdo con jurisprudencia menor anterior a la reforma del CDFA (SAP de Zaragoza núm. 477 de 29 julio 2008), no puede asimilarse a tal causa de inhabilidad la existencia de relación conflictiva entre el titular de la medida de apoyo y la persona con discapacidad, ni tampoco las malas relaciones con los hijos no comunes del cónyuge con discapacidad (SAP de Huesca núm. 233 de 30 de diciembre de 2014).

[113] En particular, vienen a coincidir con las causas de inhabilidad previstas en el CDFA las enunciadas en los núms. 2.º y 3.º del aptdo. 2, y en los núms. 2.º y 4.º del aptdo. 3 del artículo 275 CC. Importantes divergencias con el Derecho aragonés se aprecian, sin embargo, respecto a las enunciadas en los núms. 1.º y 3.º del aptdo. 3, en cuanto la primera de ellas viene referida a «cualquier delito que haga suponer que no desempeñará bien la curatela» sin referirse específicamente a la violencia de género y doméstica y la segunda a la «sustitución en las facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal», en vez de a la inhabilitación para administrar bienes ajenos.

[114] Cierto que el artículo 124.2 CDFA emplea la expresión «disposiciones de la autocuratela», lo que puede interpretarse en el sentido de que sólo el interesado está facultado para dispensar las causas de inhabilidad. Sin embargo, desde el momento en que el artículo 116, referido a las disposiciones voluntarias de los progenitores, prevé en su aptdo. 4 que a «las disposiciones así establecidas les será aplicable el régimen de las dispo-

plenamente respetuoso con el principio *standum est chartae*, declara la validez de la designación –entiéndase efectuada en disposición voluntaria otorgada por el interesado *ex* artículo 113 o sus progenitores titulares de la autoridad familiar o curadores representativos *ex* artículo 116– de un curador que incurra en alguna de las causas enunciadas, eso sí, siempre que su existencia les fuese conocida cuando efectuaron dicha designación que, por lo demás, el Juez habrá de considerar vinculante como regla conforme a lo dispuesto en el artículo 119. Por su parte, el artículo 124.3 CDFA –de modo similar al artículo 275.3 CC–[115] legitima al Juez para excluir las mismas causas referidas, pero sólo si concurren circunstancias excepcionales.

5.1.2 Excusa y remoción

La excusa, ahora referida a la tutela de menores y la curatela y, por extensión, al defensor judicial, viene contemplada en el artículo 125 CDFA. En particular, su aptdo. 3, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 50.1 LJV, permite excusarse tanto con carácter previo al desempeño de la medida judiciales de apoyo –en el plazo de quince días desde que se tenga conocimiento del nombramiento– como sobrevenido –en cualquier momento–, pero en este último caso siempre que haya un sustituto adecuado.

Por lo que hace a las concretas causas de excusa, el CDFA mantiene la distinción proveniente del régimen anterior entre personas físicas y personas jurídicas privadas. Tratándose de personas físicas, podrán excusarse cuando les resulte «excesivamente gravoso»[116], cualquiera que sea la causa, entre ellas, por razón de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales o falta de vínculos de cualquier clase, de parentesco o meramente afectivos (art. 125.1).

---

siciones sobre autocuratela» cabe entender que también les resulta aplicable la facultad de dispensa. Sustenta la misma interpretación Oria Almudí, 2024, p. 93.

[115] Interesa aclarar a este respecto que el artículo 275.3 CC se refiere concretamente a las causas de inhabilidad relativas, que formula, además, en términos negativos, en cuanto impide a la autoridad judicial nombrar curador a aquellas personas en quienes concurran alguna de ellas, «salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas». Al margen de estas divergencias, las causas enunciadas con los núms. 1.º, 2.º y 4.º coinciden con las referidas en el artículo 124.3 CDFA, no sin matiz importante: en Derecho aragonés no se permite la dispensa de cualquier delito, sino sólo de aquellos distintos al de violencia doméstica o de género.

[116] En todo caso, como resulta del propio precepto, el gravamen debe ser excesivo, pues, como declaró la Audiencia Provincial de Zaragoza en relación al antiguo artículo 126 CDFA, no es causa de excusa previa el hecho de padecer una enfermedad leve, sin perjuicio de que, en función de su evolución, permita *ad futurum* la excusa sobrevenida (SAP de Zaragoza núm. 13 de 16 enero 2018) ni tampoco residir en una localidad distinta a la de la persona con discapacidad (SAP de Zaragoza núm. 504 de 9 de noviembre de 2018).

En cambio, para las personas jurídicas privadas sólo se prevé la excusa referida a la carencia de medios –económicos, personales o materiales– suficientes para el adecuado desempeño de la medida de apoyo (art. 125.2). En Derecho estatal formula previsiones muy similares el artículo 279 CC, en sede de curatela[117].

La remoción, también circunscrita a las instituciones referidas y, por ende, a las medidas judiciales de apoyo, se regula en los artículos 126 y 127 CDFA, dedicados respectivamente a sus causas y procedimiento. El artículo 126 impone, de modo coincidente con el artículo 278.1 CC, la remoción de quien, tras tomar posesión de su cargo como curador –o defensor judicial *ex* artí*culo* 129-2.3– incurra en alguna de las causas de inhabilidad[118] o se conduzca mal en su desempeño ya sea por incumplimiento de los deberes propios del cargo[119] o por su ejercicio con notoria ineptitud, así como cuando, en su caso, surjan graves y reiterados problemas de convivencia –entiendo, imputables al titular del cargo, ya que de serlo a la persona con discapacidad aquél podrá excusarse–. Por añadidura, en Derecho aragonés es causa de remoción de las personas jurídicas privadas el incumplimiento de los presupuestos requeridos por el artículo 123.2 CDFA, ya referidos.

Por su parte, el artículo 127 reproduce la disposición contenida en la 1.ª parte del artículo 49.1 LJV, relativa a la posible incoación del procedimiento de remoción tanto de oficio como a instancia de parte, reconociendo legitimación a tal efecto al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad o a cualquier persona interesada –expresión esta en la que entiendo puede tener cabida el guardador de hecho–. Por lo que hace a su tramitación ulterior, el mismo

---

[117] No obstante, por lo que hace a las personas jurídicas privadas, el artículo 279.2 CC les permite también excusarse cuando «las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios», lo que puede suceder, de acuerdo con De Salas Murillo, 2021, p. 762, cuando se propone su nombramiento para prestar apoyos a personas que no entren en su ámbito propio de actuación. Por añadidura, dicho precepto incluye dos últimos apdos. que reproducen las previsiones del artículo 50 LJV relativas, de una parte, a la obligación del nombrado curador a seguir en su cargo mientras se tramita la excusa y, en su caso, a su posible suplencia por un defensor judicial nombrado a tal efecto (aptdo. 3); y de otra, a la procedencia de nombrar un nuevo curador, de admitirse la excusa (aptdo. 4).

[118] De ello resulta, por consiguiente, que, para que una de las causas de inhabilidad enunciadas en el artículo 124 CDFA lo sea de remoción de la curatela o del defensor judicial, ha de tener carácter sobrevenido. Con anterioridad a la Ley 3/2024, aplicó esta previsión –entonces contenida en el art.127.1 CDFA– la SAP de Teruel núm. 9 de 24 marzo 2015 para remover de un cargo tutelar a dos tutores incursos en un proceso penal por supuestos abusos sexuales contra la persona con discapacidad bajo su tutela, ya que, al margen del resultado de las diligencias penales, en el proceso ocupaban posiciones opuestas, generando un manifiesto conflicto de interés que determinó su inhabilidad sobrevenida para ejercer la tutela y, por ende, su remoción.

[119] Entre los cuales pueden entenderse incluidos los deberes de prestar fianza y formalizar inventario, de acuerdo con Guilarte Martín-Calero, 2021, pp. 782 y 785.

precepto se limita a incluir una previsión incompleta, como es la relativa al derecho de audiencia que circunscribe al titular de la medida de apoyo a remover, cuando la referida norma procesal lo hace extensivo a la persona con discapacidad y a las personas que puedan sustituirle en el cargo.

El CDFA incluye una última previsión sobre la materia, proveniente del régimen anterior, como es la atinente a los efectos de la excusa y remoción, que aborda conjuntamente en el artículo 128, distinguiendo a tal fin entre los relacionados con la tramitación del procedimiento y los resultantes de la admisión de la excusa o declaración de la remoción. Ahora bien, una lectura detenida de su aptdo. 1 revela que la norma aragonesa se aparta de las previsiones de la legislación procesal en lo que hace a los efectos a generar durante la sustanciación del procedimiento, toda vez que, ya se trate del procedimiento de excusa o remoción, faculta al Juez para suspender al titular de la medida de apoyo en sus funciones y nombrar a un defensor judicial. En cambio, la LJV restringe este efecto a la remoción (artículo 49.2), mientras que, en relación a la excusa, impone al titular de la medida de apoyo el deber de mantenerse en el ejercicio de sus funciones, de tal manera que, solo en caso de incumplirlo, habrá de de nombrarse a un defensor judicial para que lo sustituya durante la tramitación del procedimiento, quedando, además, el titular sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si está fuese finalmente rechazada (artículo 50.3). Sí coincide dicho precepto con la legislación procesal (arts. 49.3 y 50.4 LJV) en prever en su aptdo. 2 la necesidad de nombrar un nuevo titular de la medida de apoyo en caso de admitirse la excusa u ordenarse la remoción, incorporando la precisión adicional que tal nombramiento habrá de contenerse en la misma resolución que admita la excusa u ordene la remoción y que el nuevo titular sólo podrá iniciar el ejercicio de sus funciones cuando dicha resolución sea firme. Por añadidura, su aptdo. 3 –sin equivalente en Derecho estatal– se refiere, muy razonablemente, a la posible incidencia negativa de la excusa o remoción declaradas en aquellas atribuciones patrimoniales («lo dejado») que haya podido percibir el titular de la medida en consideración a su nombramiento[120]. En concreto, dicho precepto faculta al Juez a acordar que la aceptación de la excusa o la remoción conlleve la pérdida, total o parcial, de la referida atribución patrimonial.

[120] Coincide en esta interpretación Arbués Aísa, 2024, p. 173. Por añadidura, aclara este autor que «lo dejado» podrá venir recogido tanto en disposiciones voluntarias sobre curatela como en disposiciones *mortis causa.*

5.2 **Mecanismos de vigilancia y control**

La reforma de 2024 ha optado, asimismo, por mantener un régimen unitario en lo que hace a la vigilancia y control de las instituciones tutelares y medidas de apoyo, no sin adecuar, en lo que hace a estas últimas, las antiguas previsiones a las exigencias derivadas de la Convención NU de 2006. En lo que aquí interesa, el artículo 105 CDFA atribuye novedosamente, en su aptdo. 1, preferencia a las posibles medidas de vigilancia y control que haya podido establecer el propio interesado en su mandato de apoyo o disposición voluntaria sobre curatela. Sólo en su defecto o de ser insuficientes, corresponderá a la autoridad judicial fijar cualesquiera medidas que estime oportunas, pero ya no «en interés de la persona protegida», sino a fin de evitar abusos y conflictos de intereses en el ejercicio de la medida de apoyo. Además, se hace extensiva tal posibilidad a la guarda de hecho, en consonancia con su configuración como una medida más de apoyo.

En todo caso, tales instrumentos de vigilancia, ya sean fijados voluntariamente o por la autoridad judicial, deben entenderse como adicionales o complementarios al control judicial al que siguen sujetas, tras la reforma, las diferentes medidas de apoyo por imperativo legal. Ello se traduce, una parte, en la facultad que se atribuye al Juez de exigir a su titular –ya sea el mandatario de apoyo, guardador de hecho, defensor judicial o curador– información sobre la situación de la persona y bienes de la persona con discapacidad, en cualquier momento y aun periódicamente (art. 105.2, en relación con el art. 129-2.3); y de otra, en la obligatoria rendición de cuentas que debe presentarle el curador una vez que cese en sus funciones (art. 169-30) o, tratándose del defensor judicial, ante el Letrado de la Administración de Justicia (art. 129-2.1 *in fine*, en relación con el art. 32 LJV). Es más, junto al control judicial, se sigue confiriendo al Ministerio Fiscal una vigilancia permanente del ejercicio de las medidas de apoyo, incluida la facultad compartida con el Juez de requerir a su titular para que le informe sobre la situación de la persona con discapacidad tanto a nivel personal como en lo concerniente a la gestión de su patrimonio (art. 105.2 y 3).

La misma preocupación por garantizar la vigilancia de las medidas de apoyo se observa en el Código civil, a tenor de lo dispuesto en sus artículos 258.3, 265, 270 y 271 referidos respectivamente a los poderes y mandatos preventivos, la guarda de hecho, y la curatela y autocuratela. No obstante, a mi juicio, la respuesta del legislador estatal a esta cuestión se presenta de manera parcial e insuficiente, por cuanto que sólo respecto a la curatela se impone a

la autoridad judicial la obligación de fijar mecanismos de control, omitiendo, incluso, al defensor judicial cuando –no se olvide– le atribuye el papel de medida autónoma de apoyo. Otra divergencia reseñable entre ambas legislaciones tiene que ver con la información que pueden requerir la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal al curador, que el artículo 270 CC formula con menos cuidado, tanto en lo que hace en su alcance –al que se refiere en términos excluyentes: «situación personal o patrimonial»– como al momento en que podrá solicitarse –«en cualquier momento», que no periódicamente–[121].

5.3 **Derechos de índole económico derivados del desempeño de las medidas de apoyo**

El nuevo régimen común a las medidas de apoyo e instituciones tutelares acuñado por la Ley 3/2024 también incluye el reconocimiento a sus titulares de unos ciertos derechos de índole económico, dirigidos a contrarrestar mínimamente el coste económico y, sobre todo, personal que implica su desempeño, más allá de que el principio que lo inspire sea el de apoyo desinteresado y leal. Tales derechos se encuentran, igualmente, recogidos en el Código civil, en particular con respecto a la curatela (art. 281.1 y 2) y la guarda de hecho (art. 266).

En concreto, el artículo 108 CDFA atribuye a todo titular de medidas de apoyo un derecho de reembolso por los gastos derivados del ejercicio de sus funciones –incluidos los derivados de la formalización de inventario, la prestación de fianza y las medidas de vigilancia y control–, así como un derecho de indemnización por los daños y perjuicios que pueda padecer como consecuencia de la prestación del apoyo sin culpa o negligencia por su parte. En este punto, la norma aragonesa dispensa diferente tratamiento a ambos derechos en lo que hace a su incidencia en el patrimonio de la persona con discapacidad. Así, mientras el reembolso de los gastos siempre se imputa a su patrimonio como en Derecho estatal, no sucede lo mismo con la indemnización de los daños, en cuanto tal imputación se condiciona a «no poder obtener de otro modo su resarcimiento», de lo que resulta una responsabilidad subsidiaria del patrimonio de la persona sujeta a curatela[122].

---

[121] Coincido así con las críticas vertidas al artículo 270 CC por Gómez-Linacero Corraliza, *Práctica de Tribunales*, 2022, p. 3.

[122] Los mismos derechos reconoce el CC al guardador de hecho (art. 266) y al curador (art. 281.1), si bien imputándolos exclusivamente al patrimonio de la persona con discapacidad.

Por su parte, el artículo 109 CDFA contempla la posible remuneración por el desempeño de una medida de apoyo, a la par que la dota de un régimen más detallado y completo que el formulado en el Código civil[123]. Interesa advertir, en primer lugar, que la norma aragonesa permite su reconocimiento, de modo acorde con el principio *standum est chartae*, al propio interesado o a sus progenitores en virtud de disposición voluntaria y, sólo subsidiariamente, a la Junta de Parientes o el Juez en cualquier momento y, por tanto, ya iniciado su desempeño. Por añadidura, junto a la retribución pecuniaria, da entrada a la en especie en el caso de que medie convivencia entre el titular de la medida y la persona necesitada de apoyo. También condiciona su fijación a unos determinados criterios, distintos según de quien provenga su atribución. Así, prevé que sólo podrá establecerse en la delación voluntaria siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permite y con sujeción a un límite máximo –el 20 % de los rendimientos líquidos de su patrimonio–. En cambio, cuando se atribuya por la Junta de Parientes o el Juez, sólo habrá de atenderse a la dedicación que exija el ejercicio de la medida de apoyo. Con todo, la prudencia de la Junta o el Juez determinará, en su caso, la toma en consideración de los criterios previstos para la delación voluntaria y, en particular, del relativo al nivel patrimonial de la persona con discapacidad. Otra matización importante tiene que ver con la delimitación de los beneficiarios de tal remuneración, toda vez que han sido excluidos *ex lege* tanto la entidad pública (109.3) como los progenitores (art. 169-28-2, referido a la curatela). Por último, se prevé, muy prudentemente, su posible modificación o extinción en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias de la medida de apoyo, atribuyendo tal decisión exclusivamente a la Junta de Parientes o el Juez.

5.4 **Publicidad**

El régimen general de las medidas de apoyo se cierra con un precepto de nuevo cuño, el artículo 111 CDFA, en el que se pretende ofrecer una respuesta global, a la par que plenamente respetuosa con el Ordenamiento estatal, a las exigencias de publicidad derivadas de las vicisitudes que puedan experimentar las personas con discapacidad en lo que hace a los apoyos que se le vienen prestando, teniendo presente el legislador aragonés que la competencia en

[123] En particular, el artículo 281 CC, en su aptdos. 1 y 2 se limita a reconocer al curador el derecho a ser retribuido «siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita», atribuyendo su fijación a la autoridad judicial en atención al «trabajo» a realizar y el valor y rentabilidad de los bienes de la persona con discapacidad.

materia de registros públicos atinentes al Derecho privado está atribuida en exclusiva al Estado por el artículo 149.1.8.ª CE.

De este modo, al objeto de garantizar el correcto funcionamiento y debida coordinación entre las medidas de apoyo[124], dicho precepto en su aptdo. 1, de modo coherente con la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (arts. 4.10.ª, 72.1, 73 y 77)[125] y el CC (art. 300), se limita a prescribir la inscripción en el registro individual de la persona con discapacidad del Registro civil tanto de las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre medidas de apoyo como de los poderes preventivos. Es más, por lo que hace a las medidas judiciales de apoyo, se precisa la concreta finalidad perseguida con su inscripción que no es otra que su oponibilidad *erga omnes,* a la par que se requiere que se tome constancia de su extensión y límites, en un planteamiento totalmente acorde con los artículos 72.1 y 73 LRC[126]. En cualquier caso, la expresión «resoluciones judiciales y documentos públicos notariales sobre medidas de apoyo a mayores con discapacidad» permite entender incluidos en la misma no sólo las resoluciones sobre constitución de la curatela y del defensor judicial y las escrituras de otorgamiento de mandato de apoyo, sino también aquellas otras dirigidas a su modificación o extinción[127].

Adicionalmente, se ha considerado oportuno incluir, por razones de seguridad en el tráfico jurídico y fundamentalmente en aras de la debida protección del patrimonio de las personas con discapacidad[128], un aptdo. 2 referente a la toma de razón de las medidas de

---

[124] Coincide en esta apreciación Oria Almudí, 2024, p. 99.

[125] En particular, tras la reforma de 2021 la LRC se refiere, de una parte, a la obligatoria inscripción en el Registro Civil de las resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo a efectos de oponibilidad *erga omnes* (art. 72.1 y 73, en relación con el art. 19.2); y de otra, a la posible inscripción de los documentos públicos que contengan medidas voluntarias de apoyo sólo a los efectos de prueba plena (art. 74, en relación con el art. 17.1), como clarifica la STS núm. 1449 de 4 noviembre 2024. Por añadidura, califica tales datos de publicidad restringida en sus artículos 83.1.b y 84, opción legislativa que comparto *ab initio*. Sucede, sin embargo, que en los confusos términos en que se expresa el artículo 84.1 y 2, parece resultar que los terceros sólo tendrán acceso a tales datos si han sido autorizados ya sea por la propia persona con discapacidad o por quien ejerza su apoyo, siempre que, a su vez, «esté expresamente autorizado» por el propio inscrito –o, en caso de haber fallecido, por el Juez–, salvo que esté legitimado para prestar tal apoyo en virtud de un poder general o una curatela. Se articula así un sistema tan complejo y restrictivo de acceso a los terceros a las medidas de apoyo que puede poner en entredicho la confianza en el tráfico jurídico y, por ende, ir en detrimento de las propias personas con discapacidad. Coinciden en esta apreciación Álvarez Lata, 2021, p. 1019; y Carrasco Perera, *Novedades CESCO*, 2021, p. 4.

[126] Como hizo constar la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en el *Informe técnico de viabilidad de las propuestas presentadas en el trámite de audiencias legislativas,* p. 12 presentado a la Ponencia de las Cortes de Aragón del Proyecto de ley de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas (inédito).

[127] De acuerdo con Oria Almudí, 2024, p. 99.

[128] Coincide en esta apreciación Oria Almudí, 2024, p. 110.

apoyo en los registros patrimoniales. En atención a las nuevas previsiones incorporadas al respecto en la Ley Hipotecaria (arts. 2.4.º y 242 bis) por la Ley 8/2021[129], la norma aragonesa meramente sugiere o recomienda –que no imponer: «procurará»–[130] a quien preste apoyos de carácter patrimonial instar la inscripción de los bienes y derechos de la persona con discapacidad, así como hacer constar la existencia de la medida de apoyo –siempre que esté en vigor– con las limitaciones dispositivas que conlleve[131] en los «registros que corresponda», entre ellos fundamentalmente el Registro de la Propiedad[132]; ello, además, «de acuerdo con su correspondiente normativa», lo que implica una remisión expresa a la legislación especial atinente a dichos registros en lo que hace a la práctica de los correspondientes asientos, como no podía ser de otra manera, al tratarse de materia competencia exclusiva del Estado. Por lo demás, interesa aclarar que tal previsión incorporada por la reforma de 2024 no es ajena al Derecho aragonés, sino que viene inspirada en el artículo 95.1 CDFA –proveniente de la LDp– que, al regular las obligaciones de los progenitores titulares de la autoridad familiar en relación a la gestión de los bienes de sus hijos menores, prevé que «inscribirán sus bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad»[133].

IV. **LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO**

Como sucedió en su momento con la reforma del Derecho estatal[134], uno de los principales hitos de la profunda revisión del Derecho civil aragonés en materia de discapacidad operada por la Ley 3/2024 tiene que ver con el importante protagonismo otorgado en el nuevo

[129] En concreto, la Ley Hipotecaria, tras la reforma de que ha sido objeto por la Ley 8/2021, contempla la posible inscripción en el libro especial sobre administración y disposición de los bienes inmuebles de las resoluciones judiciales y «medidas previstas en las leyes» –expresión esta muy amplia que, a mi juicio, permite dar cabida a las medidas voluntarias de apoyo– que afecten a la libre administración y disposición de los bienes inmuebles de una persona y, entre ellas, específicamente a las resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo. En cualquier caso, el asiento expresará exclusivamente la existencia y contenido de la medida y, además, es de publicidad restringida a tenor de lo dispuesto en el artículo 222.9 LH.

[130] Como también destaca Oria Almudí, 2024, p. 101.

[131] Según matiza Zabala Guadalupe, *ADA*, 2024, p. 17.

[132] En cualquier caso, en interpretación de Oria Almudí, 2024, p. 103, la expresión «registros públicos de bienes y derechos» permite entender incluidos cualesquiera registros jurídicos de bienes muebles e inmuebles, así como aquellos registros administrativos en los que la inscripción permita acreditar la titularidad de bienes o derechos, tales como el Registro de Propiedad Intelectual o el Registro de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

[133] Como recuerda Oria Almudi, 2024, p. 102.

[134] Como corroboran, entre otros, García Rubio, *RDC*, 2018, pág. 34; De Amunategui Rodríguez, 2019, p. 132, y 2022a, pp. 108-109; Cortada Cortijo, *AC*, 2022, p. 2; Moro Almaraz, 2022, p. 374; y Quesada González, 2022, pp. 244-245.

sistema aragonés de apoyos a las medidas voluntarias, en coherencia con el principio del respeto a la voluntad y preferencias de la Convención NU de 2006, pero también con el principio *standum est chartae* que, como se ha indicado, constituye uno de los principios tradicionalmente inspiradores del Derecho civil aragonés[135].

Ahora bien, mientras en el Código civil se contempla la posibilidad genérica de prever o. incluso, acordar «medidas de apoyo relativas a su persona o bienes» (art. 255.1) y, entre ellas específicamente, se regulan los poderes y mandatos preventivos (arts. 256 a 262) y la autocuratela (arts. 271 a 274), en el CDFA se ha decidido circunscribir la condición de medida voluntaria al mandato de apoyo (arts. 168 a 169-7), no así, en cambio, a los poderes preventivos ni a la autocuratela, por considerarse que no cumplen los presupuestos requeridos por las medidas de apoyo. De este modo, en la Ley 3/2024 se ha dotado de una regulación específica a los poderes preventivos, si bien negándoles expresamente la consideración de medida de apoyo (art. 169-8), y, en cuanto a la autocuratela, se le ha atribuido la naturaleza de «disposición voluntaria» (art. 113), a la par que se ha mantenido, bajo ciertos presupuestos, la facultad conferida a los progenitores bajo el régimen anterior de otorgar tales disposiciones (art. 115). Otra divergencia importante con la regulación estatal tiene que ver con la aptitud requerida para otorgar las medidas voluntarias de apoyo, que el legislador aragonés ha optado por vincularla no solo a una edad concreta, sino, además, a la existencia de «aptitud suficiente», a la par que ha preservado su carácter preventivo o anticipatorio (art. 168); no así, en cambio, respecto a la autocuratela, respecto de la cual se ha incluido la autocuratela de presente bajo ciertos presupuestos.

Coinciden, sin embargo, ambos cuerpos legales en exigir el otorgamiento en escritura pública de las medidas voluntarias de apoyo y, en general, de las disposiciones voluntarias como requisito de validez[136]. E igualmente en reconocerles prioridad, no sin matices, frente a las demás medidas de apoyo[137].

1. LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE MEDIDAS Y DISPOSICIONES VOLUNTARIAS

Una de las novedades más significativas de la Ley 3/2024 radica en la incorporación de la diferenciación conceptual entre medidas

[135] Como también constatan Calatayud Sierra, 2024, p. 112; y Barreda Hernández, *ADA*, 2024, p. 19.

[136] Artículos 168 y 114 a 116 CDFA vs. artículos 255.1, 260.1 y 271.1 CC.

[137] Artículos 169-7 y 169-10.1 CDFA vs. artículos 249.1, 255.5 y 263 CC.

voluntarias de apoyo y disposiciones voluntarias. Como resulta de su propia denominación, ambas instituciones se derivan de la autonomía de la voluntad y, por ende, constituyen una manifestación no sólo del respeto debido a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, sino de la libertad de la que han gozado tradicionalmente los particulares en Aragón para modelar sus relaciones jurídico privadas, al amparo del principio *standum est chartae*. Desde esta perspectiva, son disposiciones voluntarias tanto las medidas voluntarias de apoyo *strictu sensu* como aquellas reguladas por el Código foral bajo la denominación «disposiciones voluntarias sobre curatela» y «otras disposiciones voluntarias»[138].

Ocurre, no obstante, que el legislador aragonés ha reservado la condición de medida voluntaria de apoyo al mandato de apoyo; no así a la autocuratela –o delación hecha por uno mismo– ni a la delación hecha por los progenitores, por entender que tales figuras no son propiamente medidas de apoyo, sino meras disposiciones voluntarias, dado que se traducen exclusivamente en la facultad conferida al propio interesado y, en su caso, a sus progenitores de designar al curador y, adicionalmente, diseñar el régimen de la curatela, que –no se olvide– requiere constitución por resolución judicial y, por tanto, es propiamente una medida judicial, que no voluntaria, de apoyo[139]. Cuestión distinta es que el Juez a la hora de nombrar al curador esté vinculado, en principio, por dichas disposiciones voluntarias que haya podido otorgar el interesado o sus progenitores.

2. EL MANDATO DE APOYO COMO ÚNICA MEDIDA VOLUNTARIA DE APOYO

Como ya se ha señalado, ha sido opción del legislador aragonés circunscribir las medidas voluntarias de apoyo al mandato de

---

[138] Como clarifica Calatayud Sierra, 2024, p. 112.

[139] Coinciden en esta apreciación Oria Almudí, 2024, p. 92; y Calatayud Sierra, 2024, p. 113. En Derecho estatal creo que puede sostenerse la misma afirmación, ya que, si bien el CC no clarifica expresamente la naturaleza de la autocuratela, omite toda referencia a la misma en sede de medidas voluntarias de apoyo para regularla en el capítulo dedicado a la curatela. Nótese, además, que el precepto dedicado específicamente a la misma, el artículo 271 CC, usa la expresión «proponer el nombramiento», en vez de «nombrar». Por ello, me permito desvincularme del sentir mayoritario de la doctrina (entre otros, García Rubio*, RDC,* 2018, p. 43; De Salas Murillo, 2021, pp. 702-703; Guilarte Martín-Calero, 2022, p. 65; De Verda y Beamonte, 2022, p. 65; Moro Almaraz, 2022, p. 400; y Quesada González, 2022, pp. 245 y 265) que le atribuye la condición de medida voluntaria. Más acertada me parece, en su caso, la propuesta de Platero Alcón, *RJN*, 2025, p. 256, de atribuirle la condición de «híbrido» entre las medidas voluntarias y judiciales. En la misma línea, Escartín Ipiens, *RDC*, 2018, p. 87, la califica de «medida institucional dentro de la curatela».

apoyo, a la par que deslindar su régimen jurídico del de los poderes preventivos, al objeto de evitar confusiones innecesarias entre ambas instituciones. Se ha desvinculado así de la reforma estatal de 2021 que no sólo adoptó una fórmula muy amplia en la redacción dada al artículo 255 CC de la que resulta, a mi juicio, una decidida apuesta por el *numerus apertus*[140], sino, además, por lo que hace específicamente a los mandatos y los poderes preventivos estableció una regulación unitaria y no exenta de ambigüedad.

En otras palabras, el CDFA configura al mandato de apoyo como la única medida voluntaria de apoyo del sistema aragonés, pero sin dejar de proporcionar cobertura legal a las disposiciones voluntarias sobre curatela y a los poderes preventivos. En razón de ello, su artículo 113.3 dispone que toda designación voluntaria para prestar apoyo al margen de un contrato de mandato «se considerará designado para ser curador, con independencia de la denominación que se le atribuya»; esto es, o se formaliza un mandato de apoyo o estaremos ante una disposición voluntaria sobre curatela[141]. Por su parte, el artículo 169-8 *in fine* prevé que el poder preventivo no vinculado a un mandato de apoyo «no se considerará medida de apoyo».

Llegados a este punto, la pregunta surge inevitable: ¿Por qué en la reforma aragonesa de 2024 se ha otorgado al mandato de apoyo y no al poder preventivo la condición de medida de apoyo? La razón de tal opción de política legislativa tiene que ver con la diferente naturaleza de ambas figuras y, sobre todo, con la diferente intensidad del apoyo que puede brindar la una y la otra. A este respecto, interesa recordar que mientras el mandato es un contrato del que surge derechos y obligaciones –entre estas últimas, fundamentalmente la de prestar apoyo– para ambas partes, el poder es un acto unilateral por el que una persona concede mera legitimación a otra para que actúe en su nombre y representación en el tráfico jurídico, pero sin que le obligue a hacerlo[142]. Teniendo presente tal distinción, el legislador aragonés ha tomado en consideración la Recomendación del Consejo de Europa (2009) 11 sobre principios relativos a los poderes permanentes y directivas anticipadas relacionadas con la discapacidad, en el sentido de que se garantice, en todo caso, el necesario apoyo a prestar a la persona de que se trate

[140] Coinciden en esta lectura Pereña Vicente, 2021, pp. 202-203; De Amunategui Rodríguez, 2022a, p. 112; García Herrera, 2022, p. 345; Moro Almaraz, 2022, p. 374; y Calatayud Sierra, 2024, p. 113, no sin cuestionar este último la fórmula estatal por confusa, percepción que personalmente comparto.

[141] Como afirma Calatayud Sierra, 2024, p. 113.

[142] Como advierten Valls I Xufré, 2022, p. 126; y Calatayud Sierra, 2024, p. 115; y, en la jurisprudencia, la STS núm. 1449 de 4 noviembre 2024, no sin ratificar su condición de medida voluntaria de apoyo en lo que hace al Derecho estatal.

en virtud de un acuerdo de obligado cumplimiento[143]. De esta manera, se ha desvinculado de la reforma del CC operada por la Ley 8/2021, que atribuye la condición de medida de apoyo a lo que denomina «poderes y mandatos preventivos» sin clarificar, además, debidamente su naturaleza jurídica, lo que permite dudar de su correcto encaje bien en la figura del poder o del mandato[144].

Centrando nuestra atención en el mandato de apoyo, tal y como se define en el artículo 168 CDFA, se trata de que una persona mayor de catorce años y con aptitud suficiente *ex* artículo 40, en previsión de la «concurrencia de causas que dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica», encomiende a otra u otras mediante un contrato de mandato, general o especial, la prestación de apoyo que pueda necesitar en el futuro para gestionar sus intereses personales y/o patrimoniales, con o sin poder de representación[145]. Con ello se ha pretendido –insisto– que el mandatario, a diferencia del mero apoderado[146], quede obligado a cumplir los concretos apoyos que le encomiende el mandante, debiendo actuar, además, conforme a los límites del mandato y, en su caso, responder de los daños que su actuación negligente ocasione al mandante (arts. 169-3 y 169-4.1 CDFA).

Tal medida se configura con carácter preventivo o anticipatorio, en cuanto se contempla su celebración en previsión no tanto a una futura discapacidad, sino a una eventual necesidad de apoyo

---

143 *Vid.*, en particular, el comentario de la Recomendación CM/Rec (2009) al principio 4 formulado en el § 104. Por lo demás, tal es la solución que adoptan en Derecho comparado los Códigos civiles francés –en que se ha inspirado parcialmente el legislador aragonés– y portugués.

144 De este modo, aunque la sección del CC que contiene su régimen jurídico –la sección 2.ª del capítulo II del Título XI del Libro I–, lleva el título «de los poderes y mandatos preventivos», los artículos que la integran y, en particular, los artículos 256 a 261 CC lo denominan «poder», alternando, además, las denominaciones «poder preventivo» y/o «poder con cláusula de subsistencia». Para mayor confusión, el artículo 262 CC extiende al mandato sin poder el régimen previsto en el referido capítulo y el artículo 1732 Cc, en sede de mandato, incluye unas confusas previsiones sobre su extinción vinculada a la existencia de otra medida de apoyo. Tal falta de precisión terminológica, proveniente de la fase preparatoria, no fue corregida durante tramitación parlamentaria al objeto de clarificar su concreta naturaleza jurídica, aunque quizá la expresión «podrá prever o acordar» incluida en fase de enmiendas en el artículo 255.1 CC permita abogar por su posible configuración ya sea como poder o mandato y este último con o sin poder. Coincide en esta lectura Lora-Tamayo Rodríguez, *El Notario del siglo xxi*, 2021, p. 5. Otros autores, no obstante, sostienen que, bajo esta expresión entrecomillada, no suficientemente clara, se ha dado entrada, de una parte, a los poderes y mandatos preventivos como medidas voluntarias de futuro; y, de otra, a los «acuerdos de apoyo» como medidas voluntarias de presente, aunque sin ponerse de acuerdo en lo que hace a su concreta configuración (De Amunategui Rodríguez, 2021, pp. 575-576, y 2022a, pp. 117-121; Ribot Igualada, 2021, pp. 587-588; y Guilarte Martín-Calero, 2022, p. 65-68).

145 Se trata así, en palabras de Lora-Tamayo Rodríguez, *El Notario del siglo xxi*, 2021, p. 4; y Castro-Girona Martínez, 2022, p. 30, que suscribo, de permitir a la persona con discapacidad hacerse su traje a medida en materia de apoyos con las debidas garantías.

146 Incide en esta idea Calatayud Sierra, 2024, pp. 115-117.

del mandante en el ejercicio de su capacidad jurídica, como, por lo demás, sucede en el Código civil a tenor de lo dispuesto en su artículo 257[147].

Por lo que hace a su contenido, se adopta una fórmula muy amplia que posibilita al interesado, de mutuo acuerdo con la otra parte, diseñar su futuro sistema de apoyos con gran flexibilidad. Así, según el artículo 169-3.1 CDFA, el mandante podrá encomendar al mandatario cualquiera de las funciones contempladas para las medidas de apoyo en el artículo 35, ya sea el apoyo en la comunicación y/o comprensión, la asistencia o la representación en la toma decisiones[148], en cuyo caso habrá de vincularlo a un poder conforme al artículo 168.1 *in fine*[149]. Por lo demás, según dispone el mismo artículo 169-3 en su aptdo. 2, tal mandato podrá ser general o especial, según el alcance de los asuntos personales y/o patrimoniales que requieran el apoyo del mandatario[150]. Por lo que hace al mandato general, se permite su otorgamiento respecto de una pluralidad de actos de la misma naturaleza, extrapolando así la previsión del artículo 27 referido a la asistencia del menor mayor de catorce años[151]. No recoge, sin embargo, el CDFA una previsión similar a la del artículo 259 CC que determina la aplicación genérica y supletoria del régimen de la curatela cuando el poder «comprenda todos los negocios del otorgante» o, lo que es lo mismo, cuando haya sido otorgado con alcance general. En su lugar, el legislador aragonés ha optado por articular un régimen específico para esta concreta medida de apoyo, tratando así de responder a sus especificidades que la separan de la curatela y, por ende, mantener la necesaria distinción entre ambas figuras[152].

---

147 Como señala atinadamente Ribot Igualada, 2021, p. 587, en relación con el artículo 257 CC, cuando se otorga el poder o acuerda el mandato la persona no necesita todavía apoyo o no precisa el tipo de apoyo diseñado en el poder o mandato.

148 En defecto de previsión al respecto en Derecho estatal, Ribot Igualada, 2021, p. 578, interpreta que el otorgamiento de un poder o mandato preventivo conllevará, en todo caso, la atribución de facultades representativas; de no ser así, será otro tipo de acto unilateral o bilateral. Coincido con esta afirmación en relación con el poder, pero no tanto respecto al mandato.

149 Tal poder podrá contenerse en el mismo mandato o en documento aparte, opción esta que estima más recomendable Calatayud Sierra, 2024, p. 121, p. 122, al objeto fundamentalmente de preservar el contenido del mandato.

150 Madridejos Fernández, *El Notario del siglo xxi*, 2025, p. 4 recomienda al respecto la conveniencia de incluir facultades en el ámbito personal y de la salud.

151 A la misma conclusión puede llegarse respecto del Derecho estatal, aunque el CC haya omitido cualquier directriz al respecto, más allá la previsión de su artículo 259 referida al poder general. Coincide en esta apreciación García Rubio, *RDC*, 2018, p. 49.

152 Cuestionan esta remisión genérica del CC al régimen de la curatela Magariños Blanco, *RDC*, 2018, p. 210; Lora-Tamayo Villacieros, *El Notario del siglo xxi*, 2019, p. 3; Gomá Lanzón, *Blog Hay Derecho-Expansión,* 2021; y Valls I Xufré, *REDI,* 2023, p. 422. Con todo, debe reconocerse –con Cortada Cortijo, *AC*, 2022, p. 5– que tal sujeción se plantea en términos dispositivos y con carácter supletorio de la voluntad del otorgante.

Asimismo, se determina la capacidad para ser mandante y mandatario. En cuanto al mandante, el artículo 168 CDFA exige que tenga una edad superior a catorce años, haya sido o no emancipado, y «aptitud suficiente» en el sentido del artículo 40, esto es, que por sí solo pueda comprender y valorar el significado del mandato y, por consiguiente, determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella. Este segundo presupuesto, el de la aptitud suficiente, tiene que ver con la filosofía que inspira la reforma aragonesa según la cual la falta de aptitud para llevar a cabo actos jurídicos válida y eficazmente no se asocia propiamente a la discapacidad, sino a la carencia de aptitud para emitir el consentimiento. Por ello, como ya he apuntado, en el sistema acuñado por la Ley 3/2024 no se descarta que una persona con una discapacidad pueda otorgar un mandato de apoyo, siempre que en el momento de su otorgamiento tenga aptitud suficiente, en el sentido que comprenda qué apoyos encomienda al mandatario, cuando el mandato devendrá eficaz y que es esencialmente revocable[153]. Desechada la idea de que la discapacidad impida otorgar un mandato de apoyo, nada impide, sino más bien lo contrario, que el Notario pueda utilizar los apoyos y ajustes razonables que sean precisos a fin de garantizar su accesibilidad a tal instrumento (art. 25.4 Ley del Notariado). Por su parte, el reconocimiento de legitimación a los menores mayores de catorce años no es sino consecuencia del tratamiento especial que se les dispensa en Derecho aragonés, en línea con su tradición jurídica[154]. Ahora bien, en caso de otorgar el mandato un menor entre catorce y dieciocho años no emancipado –lo que, ciertamente, será muy excepcional en la práctica–, requerirá la debida asistencia a que se refiere el artículo 23 CDFA cuando regula, en general, la capacidad del menor mayor de catorce años. Además, se suspende su eficacia hasta que alcance la mayoría de edad o, en su caso, se le otorgue la

[153] Por lo que hace al Derecho estatal, la Ley 8/2021 renunció a regular la capacidad para otorgar los poderes y mandatos preventivos, más allá del requisito de la edad formulado genéricamente para todas las medidas voluntarias de apoyo en el artículo 255.1 CC. No obstante, desde el momento en que los artículos 256 y 257 CC condicionan el inicio de su eficacia –poder preventivo puro– o, en su caso, su pervivencia –poder con cláusula de subsistencia– a una «futura» necesidad de apoyo, creo que puede defenderse, más allá de la ambigüedad con que se expresa el artículo 255.1 CC, que en el momento de su formalización la persona habrá de tener aptitud suficiente, lo que, por lo demás, corresponderá apreciar al Notario, al requerirse escritura pública (art. 260.1 CC). Coinciden en esta apreciación Lora-Tamayo Rodríguez, *El Notario del siglo xxi*, 2021, pp. 1 y 5; Ribot Igualada, 2021, pp. 636-638; De Amunategui Rodríguez, 2022a, p. 134; García Herrera, 2022, p. 378; Moro Almaraz, 2022, p. 384; y Madridejos Fernández, *El Notario del siglo xxi*, 2025, p. 3.

[154] El Derecho estatal circunscribe, sin embargo, la legitimación a los menores emancipados (art. 255.1 CC), lo que implica que tengan más de dieciséis años y que, por añadidura, hayan obtenido la emancipación por alguna de las vías habilitadas al efecto por el CC (arts. 241 a 244).

emancipación, lo que se encuentra plenamente justificado desde el momento que el ámbito subjetivo de las medidas de apoyo se circunscribe a los mayores y los menores emancipados *ex* artículo 38.4 CDFA.

A la aptitud para ser mandatario de apoyo se refiere el artículo 169-2 CDFA que, reiterando lo dispuesto en el artículo 123, relativo a las medidas de apoyo en general, la atribuye, de una parte, a las personas físicas siempre que sean mayores de edad y se encuentren en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, en el sentido de no necesitar ellas mismas apoyos [155]; y, de otra, a las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad [156]. Por añadidura, en los términos tan amplios en que está redactado el artículo 124 («No pueden ser titulares de […] de medidas de apoyo»), ni las unas ni las otras podrán incurrir en causa de inhabilidad [157].

En cuanto a la forma de tal instrumento, es de valorar positivamente la exigencia de escritura pública referida en el artículo 168.1 CDFA –de modo coincidente con el artículo 260.1 CC–. De este modo, la función del Notario se revela esencial, ya no sólo para

---

[155] En Derecho estatal la única previsión al respecto es la formulada, en sede de contrato de mandato, en el artículo 1732.5.ª CC que prevé, con una redacción un tanto alambicada, su extinción por «el establecimiento al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que debe intervenir en esta condición». De tal fórmula legal parece resultar que estar provisto de apoyos no impide, en principio, ser designado como apoderado o mandatario preventivo, con una salvedad: que las medidas de apoyo que tenga establecidas el apoderado o mandatario impliquen que él mismo necesita apoyo respecto de los actos para los cuales se le ha otorgado poder o mandato (Ribot Igualada, 2021, p. 635). A partir de ahí, puede defenderse (con García Herrera, 2022, pp. 375-376 y 380) que sólo si la medida de apoyo que tenga establecida el apoderado o mandatario incide en todos los actos que entran en sus facultades se considerará extinto el poder o mandato, pudiéndose, en cambio, defender la pervivencia de tales instrumentos cuando no incida en ninguno o sólo incida en alguno de ellos, eso sí, debidamente complementados, en tal caso, con una medida judicial de apoyo.

[156] Coincido con Ribot Igualada, *Idem*; y De Salas Murillo, 2021, p. 742 cuando afirman que el silencio del CC permite defender el nombramiento como apoderado o mandatario preventivo de cualquier persona jurídica, sin las limitaciones previstas para la curatela por el artículo 275.1.2 CC. Ello obviamente salvo que se trate de un poder o mandato general, en cuyo caso se regirá por el régimen de la curatela, y por ende, por dicho precepto, siempre que no haya sido excluido por el poderdante o mandante.

[157] En Derecho estatal el régimen en materia de causas de inhabilidad sólo funciona respecto de los poderes o mandatos preventivos de alcance general y, además, de modo supletorio (García Rubio, *RDC,* 218, p. 39; Pereña Vicente, 2021, p. 232; y Moro Almaraz, 2022, pp. 385-386). Así resulta del artículo 259 CC que prevé la aplicación del régimen de la curatela a esta modalidad de medidas voluntarias «en todo aquello no previsto por el poder» y «salvo que el poderdante no haya determinado otra cosa». De ello resulta, por consiguiente, que el interesado podrá elegir o excluir libremente al apoderado o mandatario. Sólo no hace uso de esta facultad y, además, siempre que no haya excluido la aplicación del régimen de la curatela, serán de aplicación las causas de inhabilidad previstas en el artículo 275.2 y 3 CC.

apreciar la aptitud de ambas partes del contrato[158], sino para asesorarles tanto en su diseño como cara la posible adopción de mecanismos de control y revisión en función de su concreto alcance[159].

Por lo que hace específicamente al control, me parece acertada la solución que adopta el CDFA en orden a articular un mecanismo subsidiario a operar en caso de que el mandante renuncie a su fijación, siguiendo a tal fin las pautas señaladas por la Recomendación CM/Rec (2009) 11[160]. En particular, el cuerpo legal aragonés, en un planteamiento respetuoso con la voluntad y preferencias, prioriza las medidas de control que haya podido establecer el mandante, incluida la atribución de tal función a la Junta de Parientes. Pero, en su defecto o de resultar insuficientes, impone a la autoridad judicial la obligación de establecer las medidas oportunas para evitar abusos y conflictos de intereses en la ejecución del mandato (art. 169-5, en relación con el art. 105 CDFA). Se desvincula así, con buen criterio, de la solución adaptada en Derecho estatal de circunscribir la posibilidad de control a la voluntad del propio interesado (art. 258.3 CC)[161].

Por lo demás, la reforma de 2024 ha dotado a este singular contrato de mandato de un régimen jurídico muy detallado, tratando de resolver los principales problemas que pueda plantear su aplicación práctica.

Se determina así *ex lege* su inicio de eficacia como medida de apoyo, prescindiendo de la solución adoptada en el artículo 257 CC –referido al poder preventivo–, en exceso voluntarista, en cuanto,

---

158 Extremo en el que pone el acento Calatayud Sierra, 2024, p. 120. Este autor también clarifica que cualquier modificación del mandato exige, igualmente, escritura pública.

159 Como se recoge en la *Guía Notarial de la Unión Internacional del Notariado de la Unión Internacional del Notariado (Comisión de derechos humanos)*, 2020, p. 28; y en la *Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado*, pp. 4 y 8-11. Coinciden en esta apreciación Espiñeira Soto, *Notarios y Registradores*, 2021; Pereña Vicente, 2021, p. 223; Castro-Girona Martínez, 2022, pp. 34-41; De Amunategui Rodríguez, 2022a, p. 132; García Herrera, 2022, pp. 365-366; Moro Almaraz, 2022, pp. 377, 383 y 396-397; Quesada González, 2022, p. 250; Gracia De Val, *ADA,* 2024, p. 16; y Madridejos Fernández, *El Notario del siglo xxi*, 2025, p. 2.

160 En particular, en su principio 12.2 se recomienda a los Estados la inclusión de un sistema de control subsidiario por el cual una autoridad competente podrá ser habilitada para intervenir, de oficio o a instancia de parte, cuando el mandatario no actúe conforme a los términos del poder o en interés del mandante.

161 A este respecto coincido con Ribot Igualada, 2021, pp. 626-627, cuando afirma que una medida de apoyo carente de cualquier control es insuficiente para proporcionar un apoyo eficaz y seguro. En esta línea, Cortada Cortijo, *AC*, 2022, p. 7 no descarta la posible fijación subsidiaria de mecanismos de control por parte de la autoridad judicial, con base en los principios de la Convención NU de 2006. Personalmente comparto esta afirmación, pero, en los términos en que se expresa el CC, entiendo que ello sólo será posible en caso de poderes o mandatos generales y, además, siempre que el interesado no haya excluido la aplicación del régimen de la curatela y, en particular, del artículo 270 CC.

una vez más, deja al criterio del poderdante la inclusión o no de previsiones al respecto, con los problemas que ello puede plantear en la práctica[162]. En su lugar, el CDFA condiciona la eficacia del mandato de apoyo, en todo caso, a la supervisión de una autoridad externa, en particular, el Notario. A tal fin, en su artículo 169-1 establece que el mandatario habrá de comparecer ante Notario con un dictamen pericial emitido por profesional especializado, ya sea del ámbito sanitario o social, en el que se declare la concurrencia de las causas que dificultan al mandante el ejercicio de su capacidad jurídica y que, por tanto, hacen necesario el apoyo, así como la fecha en que se entiende producida[163]. De haber previsiones al respecto del mandante, también deberán ponerse de manifiesto ante el Notario. Es más, éste a iniciativa propia podrá entrevistar al mandante y solicitar pruebas complementarias. Una vez practicadas todas estas pruebas, si el Notario determina que concurren las circunstancias para el inicio de eficacia del mandato, levantará un acta a tal efecto[164]. El precepto se cierra con una previsión dirigida a proteger al tercero de buena fe que contrate con el mandatario, a saber: «autorizada el acta, se presumirá ante tercero de buena fe la vigencia del mandato».

Se establecen sus condiciones de ejercicio, en particular, cuando sean varios los mandatarios, posibilidad esta que contempla el artículo 168 CDFA como salvaguarda para impedir abusos, de modo acorde con la Recomendación CM/Rec (2009) 11[165]. En particular, el artículo 169-4 en su aptdo. 2 da prioridad a las previsiones que haya podido establecer al respecto el propio mandante, de forma coherente con el principio de respeto de la voluntad y preferencias. En su defecto, se opta supletoriamente por la regla de la actuación conjunta y en régimen de mayoría.

El mismo artículo 169-4 en su aptdo. 3 consagra la regla de la ejecución personal del mandato, no sin introducir dos matices: primero, que sólo será posible la sustitución en el mandato si el mandante le ha otorgado facultad para ello, previsión esta ya formulada

---

[162] Comparten esta apreciación Pereña Vicente, 2021, pp. 222-223; Ribot Igualada, 2021, p. 594; García Herrera, 2022, pp. 363-364; Calatayud Sierra, 2024, p. 123; y Madridejos Fernández, *El Notario del siglo xxi*, 2025, p. 3. Es más, como advierte Calatayud Sierra, tales dudas no se resuelven con el acta notarial a que se refiere el artículo 257 CC, en cuanto sólo se le da entrada para garantizar el cumplimiento de las previsiones del poderdante, de haberlas.

[163] ¿Y si el mandatario declina tal obligación? En tal caso entiendo habrá que promoverse la constitución de la curatela, salvo que en tal momento esté operativa una guarda de hecho que cubra los apoyos necesarios (art. 169-16.1 CDFA). Ello sin perjuicio de la posible responsabilidad en que pueda incurrir el mandatario por omisión, conforme al artículo 169-3 CDFA.

[164] Como matiza certeramente Calatayud Sierra, 2024, pp. 124-125, la decisión del Notario al respecto podrá ser positiva o negativa.

[165] Como así se indica en su § 98 en relación al Principio 4.

en el artículo 191 CDFA en relación con los mandatos entre cónyuges y que, por lo demás, resulta coherente con el principio de respeto a la voluntad y preferencias; y segundo, que el mandatario, en todo caso, podrá contar con la colaboración de otras personas, piénsese p.e. en la posibilidad de contratar un cuidador o recabar la ayuda de los servicios sociales[166].

Se dedica un precepto específico, el artículo 169-6 CDFA, a regular sus causas de extinción, distinguiendo a tal objeto entre las que haya podido establecer el propio mandante (a las que lógicamente se otorga preferencia)[167] y las fijadas *ex lege* que entran en juego supletoriamente[168]. En particular, como causas legales de extinción se han previsto las siguientes: 1.ª La muerte o declaración de fallecimiento del mandante o mandatario[169]. 2.ª La revocación del mandato por el mandante en escritura pública[170]; 3.ª La renuncia del mandatario formalizada también ante Notario y notificada fehacientemente al mandante, pero sin necesidad de alegar una justa causa, como quizá hubiera sido recomendable. No obstante lo anterior, dado que este se queda privado de apoyo, el mandatario quedará obligado a seguir actuando como tal hasta que se establezcan otras medidas de apoyo, entiéndase una guarda de

---

166 La solución diverge en Derecho estatal, toda vez que el artículo 261 CC faculta al apoderado o mandatario a delegar sus funciones, prescindiendo sorprendentemente de la voluntad del poderdante o mandante. En contrapartida, sólo se permite la delegación parcial –«para uno o varios actos concretos»– y, además, circunscrita a la esfera patrimonial. Cuestionan, igualmente, esta fórmula legal Ribot Igualada, 2021, p. 642-643; y De Amunategui Rodríguez, 2022a, p. 139.

167 En coincidencia con el artículo 258.3 *in fine* CC.

168 Con ello el legislador aragonés ha pretendido subsanar la confusión generada por la Ley estatal 8/2021, por cuanto sus autores renunciaron a dispensar una regulación sistemática a la extinción de los poderes y mandatos preventivos, para, en su lugar, abordarla en una pluralidad de preceptos, entremezclados, además, con otros aspectos relativos a su régimen jurídico. Me refiero al artículo 258 CC que en su párr. 2 respecto a los poderes otorgados a favor de cónyuge o pareja de hecho, prevé su extinción automática por el «cese de la convivencia», expresión esta no exenta de indefinición; en su párr. 3 *in fine* faculta al propio interesado a establecer causas específicas de extinción del poder; y en su párr. 4 contempla su posible extinción judicial a instancia de las personas legitimadas para instar el procedimiento judicial de provisión de apoyos o, en su caso, del curador, –de haberse constituido la curatela–, si concurre alguna de las causas de remoción de la curatela. Ello sin olvidar el artículo 1732 CC que enuncia las causas de extinción del contrato de mandato, entre ellas, novedosamente, el establecimiento respecto del mandatario de una medida de apoyo «que incida en el acto en que haya de intervenir como tal» (núm. 4.º); y la constitución en favor del mandante de una curatela representativa, «a salvo lo dispuesto en este Código sobre los mandatos preventivos» (núm. 5.º).

169 A la muerte del mandante se refiere exclusivamente el artículo 1732.3.º CC, respecto al contrato de mandato. No obstante, con Ribot Igualada, 2021, p. 602, entiendo implícita en tal previsión la declaración de fallecimiento.

170 Causa, asimismo, contemplada en el artículo 1732.1.º CC en relación al contrato de mandato. Ahora bien, la norma aragonesa añade el matiz de requerir su formalización en escritura pública, con la intención última de condicionar la eficacia de la revocación a la existencia de aptitud suficiente por parte del mandante –el juicio de capacidad–, como sugiere la Recomendación del Consejo de Europa (2009) 11 en su principio 6.

hecho o curatela[171]. 4.ª Por necesitar el propio mandatario medidas de apoyo que le impidan el adecuado ejercicio del mandato, causa que tiene que ver con la necesaria aptitud del mandatario para cumplir su encargo *ex* 169-2.1[172]. 5.ª La extinción declarada judicialmente, a instancia del mandante o de cualquiera de las personas legitimadas para instar el procedimiento de provisión de medidas judiciales de apoyo por el artículo 42 bis a).3 LJV, para el caso de que la ejecución del mandato ponga en peligro los intereses del mandante. En tal caso, el Juez habrá de nombrar un curador, a fin de garantizarle la necesaria provisión de apoyos[173].

Por último, se clarifica su relación con las medidas judiciales de apoyo, que se ha resuelto en el artículo 169-7 CDFA dando preferencia al mandato de apoyo. No obstante, esta regla se ve matizada por tres importantes salvedades que quizá resulten algo redundantes y, sobre todo, pueden afectar a su virtualidad práctica: no sólo su insuficiencia, como prevé el CC (arts. 249.1 y 255.5)[174]

---

[171] Causa también enunciada en el artículo 1732.2.º CC en relación al contrato de mandato y delimitada en el artículo 1736 CC en el sentido que debe ser notificada al mandante y en el artículo 1737 CC que obliga al mandatario a continuar en la gestión hasta que se organicen de otra manera los apoyos, ya sea por el propio interesado o judicialmente (en interpretación de Ribot Igualada, 2021, p. 603). Por lo que hace a la previsión aragonesa, Calatayud Sierra, 2024, p. 131, interpreta que la notificación de la renuncia deberá efectuarse también a aquellas personas a quien se haya atribuido la vigilancia y control del mandato y a los demás mandatarios, de ser varios.

[172] Con esta causa, parcialmente coincidente con la enunciada en el artículo 1732.4.º CC respecto del contrato de mandato, se pretende garantizar la necesaria aptitud del mandatario para cumplir su encargo. Por ello, se prevé que, si el propio mandatario es provisto de medidas de apoyo y estas, por su alcance, le impiden el adecuado cumplimiento del mandato, el mismo debe extinguirse.

[173] También el artículo 258.4 CC contempla la posible extinción judicial de los poderes y mandatos preventivos, si bien condicionada a que el apoderado o mandatario incurra en alguna de las causas de remoción de la curatela.

[174] En particular, el artículo 249.1, 3.ª parte CC prevé que las medidas de origen judicial sólo procederán «en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate», expresión esta que precisa el artículo 255.5 CC para prever que «sólo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria podrá adoptar la autoridad judicial otras supletorias o complementarias». Tales previsiones deben ponerse en relación con el artículo 258.1 CC que, referido específicamente a los poderes y mandatos preventivos, prevé la continuidad de su vigencia pese a la constitución de medidas de apoyo judiciales; y el artículo 1732.5.º CC que enuncia como causa de extinción del contrato de mandato la constitución de la curatela representativa «a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos». De la lectura conjunta de todos ellos resulta la prioridad de las medidas voluntarias respecto de las medidas judiciales de apoyo, de tal manera que, en caso de haberse otorgado un poder o mandato preventivo, funcionará como única medida de apoyo, salvo que resulte «insuficiente» para cubrir la necesidad de apoyo del otorgante, en cuyo caso procederá el establecimiento de una medida judicial de apoyo, incluida una curatela representativa, a los efectos, no de extinguirlo, sino de complementarlo. A este respecto la STS núm. 1449 de 4 noviembre 2024 predica la compatibilidad del mandato de apoyo con las medidas judiciales de apoyo cuando la autoridad judicial lo considere insuficiente ya sea para un asunto concreto para el que podrá nombrarse un defensor judicial o de modo permanente para ciertos asuntos que no fueron contemplados por el mandato, nombrando para estos ámbitos un curador. En la doctrina sustenta la misma interpretación Ribot Igualada, 2021, p. 606.

respecto a las medidas voluntarias, sino también su inadecuación y ejecución ineficaz. Se otorga así un amplio margen al juzgador para adoptar una medida judicial complementaria o supletoria al mandato de apoyo, si considera que concurre alguna de las circunstancias así descritas en términos de cierta indefinición y, por ende, amplitud. Obviamente, según precisa el mismo artículo 169-7, ello exigirá a todo Juez que conozca de un proceso de medidas judiciales de apoyo recabar de oficio certificación al Registro Civil para verificar la existencia y vigencia del mandato, previsión esta última que debe ponerse en relación con el artículo 111.1 ya referido.

La misma prioridad se le otorga en el artículo 169-10.1 CDFA respecto a la guarda de hecho, siempre que el mandato cubra todos los apoyos necesarios. No cabe descartar, sin embargo, que ello no sea así y más desde el momento en que el mandato se otorga anticipadamente lo que puede hacer difícil prever todas las posibles necesidades de apoyo. Para tal caso, el mismo precepto contempla, con buen criterio, la posible coexistencia de la guarda de hecho respecto de aquellos apoyos no incluidos en el mandato. Pero también cuando la persona con discapacidad se encuentre en «situación de desamparo», salvedad de la que personalmente me permito disentir, como argumentaré detenidamente en el epígrafe sobre la guarda de hecho, para considerar más adecuada la expresión acuñada en el artículo 263 CC para justificar la concurrencia de la guarda de hecho con las medidas voluntarias de apoyo, a saber: «que no se estén aplicando eficazmente».

3. LOS PODERES PREVENTIVOS SIN MANDATO

Como se ha indicado, ha sido opción del legislador aragonés reservar la condición de medida de apoyo a los mandatos de apoyo, excluyendo de dicho tratamiento a los poderes preventivos sin mandato. No obstante lo anterior, siendo consciente de que tales poderes en sus dos modalidades, puro y con cláusula de subsistencia, constituyen una práctica muy habitual y, sobre todo, resultan muy útiles a la hora de legitimar ciertas actuaciones representativas por parte del guardador de hecho[175], les ha dedicado un precepto específico en el CDFA, dirigido a regular sus aspectos más relevantes.

En particular, su artículo 169-8 formula el siguiente régimen especial para dichos poderes, a saber: 1.ª que habrán de otorgarse en escritura pública; 2.ª que deberán comunicarse al Registro Civil

[175] Coinciden en esta apreciación Gracia De Val, *ADA*, 2024, p. 16, y Bayod López, 2025, p. 70.

a los efectos de lo dispuesto en el artículo 111.1; 3.ª que el Juez y el Ministerio Fiscal podrán exigir al apoderado rendición de cuentas de su actuación; 4.ª que el Juez podrá declarar su extinción total o parcial al constituir la curatela o posteriormente a instancia del curador; y 5.ª que, de otorgarse poder preventivo puro, su inicio de eficacia se regirá por lo dispuesto para el mandato de apoyo en el artículo 169-1.

4. LAS DISPOSICIONES VOLUNTARIAS SOBRE CURATELA Y OTRAS

También respecto de las disposiciones voluntarias sobre curatela, el legislador aragonés ha optado por desvincularse de la solución estatal referida exclusivamente a la autocuratela, para mantener, en su lugar, las dos modalidades de delación voluntaria que contemplaba el régimen anterior proveniente de la LDp, esto es, la designación hecha por uno mismo y la efectuada por los titulares de la autoridad familiar, si bien restringiéndola a los progenitores y, además, bajo ciertas condiciones.

Bajo la expresión «designación hecha por uno mismo», el artículo 113 CDFA regula la figura de la autocuratela del CC, incluyendo también las dos submodalidades contempladas en dicho cuerpo legal, esto es, la autocuratela de futuro y la de presente. Se sigue así facultando a los propios interesados, mayores de edad o menores emancipados y siempre que tengan «aptitud suficiente» en los términos del artículo 40[176], a diseñar su régimen de curatela en previsión de que en un futuro hayan de quedar sujetos a la misma (art. 113.1.1)[177]. Pero, junto a ello, novedosamente se ha dado entrada a la autocuratela de presente, si bien en términos más precisos que los del artículo 271 CC[178]. En particular, el artícu-

[176] El mismo requisito de la mayoría de edad o, al menos, emancipación requiere el artículo 271 CC para la autocuratela, sin que se contenga, sin embargo, ninguna referencia a la aptitud suficiente. Con todo, desde el momento en que se exige la escritura pública como requisito de forma *ad solemnitatem*, corresponderá al Notario efectuar el oportuno juicio de capacidad y, por consiguiente, denegar su otorgamiento cuando aprecie su insuficiencia. Coincide en esta apreciación Quesada González, 2022, p. 266.

[177] Exactamente, el artículo 113.1.1 CDFA utiliza la expresión «en previsión de que concurran causas que dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica», expresión que ha de interpretarse como identificativa de la autocuratela de presente, como así consta en el acta núm. 292, de 30 noviembre 2022, de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, así como en el Informe técnico que elaboró a instancia de las Cortes de Aragón sobre la viabilidad de las propuestas presentadas en el trámite de audiencias legislativas.

[178] Interesa recordar al respecto la profunda revisión de que fue objeto el artículo 271.1 CC durante el trámite de enmiendas, al objeto de posibilitar la autocuratela de presente. Se eliminó así el término «futura» presente en el Proyecto de Ley 2020 que adjetivaba al supuesto de hecho determinante de su otorgamiento («concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle en el ejercicio de la capacidad jurídica»). Por añadidura, se

lo 113.1.3, incorporado en fase de tramitación parlamentaria, faculta a las personas con discapacidad ya sujetas a curatela a establecer disposiciones voluntarias sobre la misma, pero siempre que no sea representativa y, en su caso, con la asistencia de su curador. Así las cosas, en los términos en que está redactado el precepto parece resultar que tales disposiciones voluntarias habrán de tenerse en cuenta, no propiamente durante el procedimiento de provisión de apoyos en el que se constituya la curatela de acompañamiento y/o asistencial, sino en un momento posterior, cuando proceda la revisión de la misma, esto es, a los tres años de su constitución, salvo que el Juez establezca un plazo superior *ex* artículo 169-18. Se trata así, no de organizar su curatela *ab initio*, sino de reorganizarla en fase de revisión con atención precisamente a esas disposiciones voluntarias que haya establecido el propio interesado. Por añadidura, en caso de que se le haya dotado de una curatela asistencial, que no de mero acompañamiento, se requiere para su otorgamiento, como complemento de capacidad, la asistencia del curador, como también se le exige al menor mayor de catorce años no emancipado, al que novedosamente se le permite también establecer tales disposiciones, si bien supeditando su eficacia hasta que alcance la mayoría de edad o emancipación (artículo 112.2)[179].

Como segunda modalidad de delación voluntaria, el artículo 116 CDFA contempla la posibilidad de que los progenitores –que ya no, en general, los titulares de la autoridad familiar– otorguen disposiciones voluntarias sobre la futura curatela de sus hijos con discapacidad, distinguiendo a tal fin dos hipótesis. Tratándose de hijos menores no emancipados con discapacidad actual o previsible y, por tanto, sujetos a autoridad familiar –figura equivalente, que no idéntica a la patria potestad–, su aptdo. 1 prevé que sus progenitores, siempre que sean titulares de la misma y de su ejercicio, podrán organizar su curatela para el día que no puedan ocuparse de ellos. Respecto de los hijos mayores o menores emancipados con discapacidad y siempre que estén sujetos a curatela con facultades representativas, sus aptdo. 2 y 3 atribuyen la misma facultad a sus progenitores curadores para cuando dejen de serlo por causa distinta a su remoción. Cierto que, a primera vista, esta opción de política legislativa puede parecer de difícil encaje con el principio de respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, pero también conviene tener presente que tal posibilidad

suprimió el aptdo. 3.º que determinaba la ineficacia de la autocuratela otorgada por el interesado ya incoado el procedimiento de provisión de medidas judiciales de apoyo.

[179] Como ya se ha indicado, tal previsión en orden a su eficacia obedece a la restricción de la aplicación de las medidas de apoyo y, por tanto, la curatela a los mayores de edad o menores emancipados, conforme al artículo 38.4 CDFA.

se ha circunscrito al supuesto de que el propio interesado carezca de aptitud para articular sus preferencias al respecto, considerando el legislador aragonés que, en tal caso, nadie mejor que los progenitores, que ostentan adicionalmente la condición de titulares de su autoridad familiar y ejercicio o, en su caso, de curadores representativos, para organizar la curatela de una persona con discapacidad para el momento en que no puedan prestarle el apoyo necesario[180]. En este sentido, el artículo 116.4, 2.ª parte atribuye carácter subsidiario a tales disposiciones otorgadas por los progenitores respecto de la autocuratela.

Sí coinciden las normas aragonesa y estatal en exigir la formalización de tales disposiciones en escritura pública[181], lo que resulta plausible ya no solo por razones de seguridad jurídica como apuntan algunos autores[182], sino fundamentalmente porque con tal presupuesto se da cumplimiento a la previsión del artículo 12.4 Convención NU de 2006 relativa a la obligación de los Estados partes de proporcionar en las medidas de apoyo las salvaguardas adecuadas y efectivas para evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas[183].

Igualmente, concuerdan en el amplio contenido con que las han configurado en sus respectivas reformas, en el sentido de posibilitar la articulación de cualquier disposición no sólo respecto al propio curador, sino también en orden al funcionamiento de la curatela, así como en relación a su persona y bienes. En particular, los artículos 113.1 y 114 CDFA, de modo similar al artículo 271 CC, permiten al interesado:

1.ª *Designar a las personas [o persona] que hayan de ejercer la curatela y, en su caso, sus sustitutos*. En caso de pluralidad de designados –máximo dos–, corresponde, asimismo, al interesado concretar su forma de actuación, ya sea solidaria o conjunta. En su defecto y para evitar problemas, se prescribe la regla de la actuación conjunta. También se permite separar la curatela de la persona y bienes, así como designar un número indefinido de curadores para su actuación sucesiva (art. 117). Complementariamente, el artículo 118 establece unos criterios de resolución para

[180] El legislador estatal, sin embargo, ha prescindido de esta opción, para, en su lugar, reconocer a los progenitores la mera facultad de elegir entre los designados por el propio interesado, previa delegación de este (arts. 274 CC y 276.2.4.º CC).

[181] Corrobora esta afirmación la STS núm. 734 de 2 noviembre 2021.

[182] Escartín Ipiens, *RDC*, 2018**,** p. 92; y Magariños Blanco, *RDC*, 2018, p. 211. Discrepa, sin embargo, García Rubio, *RDC*, 2018, p. 46, por considerarla «una fuerte limitación al modo de expresar su genuina voluntad».

[183] Coincido así con la *Guía Notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad*, cit., p. 45.

el caso de que concurran varias delaciones voluntarias incompatibles entre sí[184].

Es más, en el nuevo régimen resultante de la reforma, se permite al interesado establecer los requisitos que debe reunir el curador, sin necesidad de designarlo nominativamente (art. 113.1, 1.ª parte). Asimismo, se le faculta, de modo coincidente con el artículo 274 CC, no propiamente a delegar la designación del curador en un tercero, sino, a partir de una previa selección de varias personas en la escritura de otorgamiento, delegar en una persona de su elección –se presume que de su confianza– la designación última para el nombramiento (art. 113.1, 2.ª parte), probablemente para que sea más acorde a las circunstancias entonces concurrentes[185].

2.ª *Excluir de las funciones tutelares a ciertas personas*. Esta facultad tiene una importante excepción en el artículo 113.4 que prohíbe la exclusión –así como la designación– de la entidad pública competente en materia de promoción de la autonomía y asistencia de las personas con discapacidad.

3.ª *Dispensar al curador de algunas de las causas de inhabilidad* enunciadas en el artículo 124, en particular, de las referidas a la condena por delito distinto a violencia doméstica o de género que haga suponer un mal desempeño de la medida de apoyo (letra e), la existencia de importantes conflictos de intereses con la persona con discapacidad (letra i) y la imputabilidad en la declaración del concurso culpable de acreedores (letra k). Más concretamente, dicho precepto consagra en su aptdo. 2 la dispensa tácita, entendiendo por tal la designación por parte del interesado de aquél es inhábil, aun conociendo la causa que lo inhabilita; pero no por ello cabe descartar la posible dispensa expresa.

---

[184] El artículo 118 CDFA –sin equivalente en el CC– reproduce, debidamente adaptados, los criterios de resolución del anterior artículo 113, distintos según procedan del mismo o de diferentes otorgantes. Así, en caso de pluralidad de designaciones procedentes de la misma persona, se prefiere la designación posterior en caso de ser incompatibles (aptdo. 1). Por añadidura, se contempla novedosamente la hipótesis de haber sido designados varios sustitutos sucesivos sin especificar su orden, dando distinta solución según hayan sido designados o no en el mismo documento: en el primer caso, se preferirá al propuesto en primer lugar y, en el segundo, al propuesto en el documento posterior (aptdo. 2).

Si las delaciones proceden de varias personas –bien del propio interesado y de uno o ambos progenitores, o exclusivamente de ambos progenitores–, se aplicarán conjuntamente si son compatibles (aptdo. 3). En caso contrario, prevalecerán «en todo caso» las otorgadas por el propio interesado sobre las de los progenitores *ex* art. 116.4. En cambio, de proceder exclusivamente de los progenitores, corresponderá a la Junta de Parientes o, en su defecto, al Juez adoptar las que considere más convenientes para la persona con discapacidad y, en particular, elegir al curador entre las diferentes personas que hayan designado. Al designado no elegido le corresponderá la gestión de los bienes que, en su caso, haya recibido gratuitamente la persona con discapacidad del progenitor cuya designación no haya sido tomada en cuenta por el Juez, convirtiéndose así en una suerte de administrador voluntario *ex* artículo 112.4.

[185] O, como afirma la STS núm. 734 de 2 noviembre 2021 en relación al artículo 274 CC «la elección entre los escogidos por la persona interesada».

4.ª *Establecer órganos de fiscalización de la actuación del curador*, se entiende que complementarios a los previstos legalmente. Sobre esta previsión interesa recordar que las funciones de vigilancia y control de los cargos tutelares se siguen atribuyendo *ex lege* al Juez y al Ministerio Fiscal (art. 105. 2 y 3). Pero ello no obsta para que el interesado, a la hora de configurar el régimen de su curatela, establezca mecanismos de control adicionales y, en particular, atribuya la fiscalización a la Junta de Parientes, ya que así se lo permite el artículo 114.1.c. Lo que no podrá hacer será excluir las funciones de vigilancia que competen legalmente al Juez y al Ministerio Fiscal ni tampoco, por extensión, exonerar al curador de su obligación de rendir cuentas (art. 114.2). Complementariamente se faculta al interesado a designar las personas que habrán de integrarlos, así como a establecer los requisitos a cumplir.

5.ª *Fijar reglas sobre la administración y disposición de sus bienes.* En particular, el interesado podrá dispensar al curador de la obligación de prestar fianza y, en caso de tener atribuidas facultades de representación, de la necesaria autorización de la Junta de Parientes o, en su caso, del Juez para realizar aquellos actos patrimoniales a que se refiere el artículo 169-24, con exclusión de los actos dispositivos a título gratuito que no puedan calificarse de liberalidades usuales. Igualmente, podrá fijarle una retribución, siempre que su patrimonio lo permita y sin exceder el 20 % de su importe líquido (art. 109.1).

No podrá, en cambio, exonerarle de la obligación de formalizar inventario, Tampoco autorizar su actuación sin intervención de la Junta de Parientes o del defensor judicial en los casos de oposición de intereses.

6.ª *Incluir instrucciones relativas a su vida personal*. Se adopta así una fórmula muy amplia en la que tienen cabida no sólo aquellas referentes a su cuidado personal a las que se refiere exclusivamente el artículo 271.2 CC, sino, en general, todas aquellas que conciernen a su sistema de vida, en un planteamiento coherente con el artículo 19 Convención NU de 2006 que reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a vivir de forma independiente, con libertad de elegir su modo de vida; esto es, a decidir dónde, con quién y cómo vivir.

De un contenido más limitado, sin embargo, se han dotado a las disposiciones voluntarias a otorgar por los progenitores, toda vez que se restringe al régimen de la curatela, según matiza el artículo 116 en su aptdo. 1 («disposiciones voluntarias sobre su curatela») y reitera en su aptdo. 4 («a las disposiciones así establecidas les será

aplicable el régimen de las disposiciones sobre autocuratela»)[186]. Deben entenderse así excluidas de su ámbito de actuación –como procede– cualesquiera otras disposiciones ajenas a la designación del curador y el funcionamiento de la futura curatela de sus hijos y, en particular, las instrucciones atinentes a su vida personal[187]. Ello sin perjuicio de que, si disponen de bienes a título gratuito a favor de sus hijos, puedan configurar el régimen jurídico de la gestión –ya sea la administración y/o disposición– de los mismos, incluido nombrar un administrador *ad hoc* (art. 112).

Para finalizar no puedo sino expresar ciertas reservas sobre el tratamiento dispensado por la reforma del CDFA a lo que constituye la esencia de estas disposiciones voluntarias, esto es, su vinculación al Juez a la hora de su constitución en el correspondiente procedimiento judicial de provisión de apoyos. Ello es así desde el momento en que esta cuestión ha sido solventada en su nuevo artículo 119 introduciendo dos importantes salvedades al respecto, no contempladas bajo el régimen anterior. Así, aunque de su aptdo. 1 *ab initio* parezca deducirse una actitud totalmente respetuosa del legislador a la iniciativa jurídica de los particulares como así ha sido siempre en Derecho aragonés[188], lo cierto es que esta primera impresión resulta bastante matizada con la lectura tanto de la última parte de dicho precepto como de su aptdo. 2. Se permite así al Juez prescindir –eso sí, en virtud de resolución motivada– de las disposiciones voluntarias sobre curatela, en atención a dos situaciones adicionales a la referida en el anterior 114.1, cuya aplicación puede posibilitar un amplio arbitrio judicial y, por ende, frustrar la finalidad última de tales disposiciones que no es otra que el respeto de la voluntad de la persona con discapacidad o, en su caso, la de sus progenitores en el diseño de las medidas de apoyo, más allá de que corresponda al Juez evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12.4 Convención NU de 2006. Tales salvedades incorporadas novedosamente son, de una parte, la «concurrencia de hechos relevantes no tenidos en cuenta» claramente inspirada en el artículo 272.2 CC; y, por lo que hace específicamente a las disposiciones sobre la persona, la imposibilidad o dificultad extraordinaria en orden a su cumplimiento, previsión, a mi entender, innecesaria, desde el momento en que uno de los límites del *standum*

---

[186] Es más, en uno de los últimos borradores articulados por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se incluyó la precisión «pero *exclusivamente* sobre su curatela» (la cursiva es nuestra). Cierto que en el texto definitivo desapareció tal adverbio, pero no por motivos sustantivos, sino meramente formales.

[187] Me permito así discrepar de Oria Almudí, 2024, p. 93.

[188] Como afirmó en su momento Delgado Echeverría, 1978, p. 29, «prohibido prohibir» podría ser el lema que preside todo el Derecho aragonés.

est chartae es precisamente «lo imposible» *ex* artículo 3 CDFA. A la par se ha mantenido la excepción referida a la alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de su otorgamiento, que, a mi juicio, era ya suficiente[189].

V. LA GUARDA DE HECHO COMO MEDIDA LEGAL DE APOYO

La Ley 3/2024 ha acogido la solución estatal de atribuir a la guarda de hecho la condición de medida de apoyo de las personas con discapacidad, principalmente a fin de garantizar la efectividad de uno de los principales principios inspiradores de la reforma como es el de intervención mínima –como consta en su propio Preámbulo–, pero también con la pretensión de dar la debida respuesta a una realidad social innegable como es la de aquellas personas con discapacidad que reciben los apoyos necesarios de sus familiares más cercanos en su quehacer cotidiano, sin necesidad de nombramiento o formalización alguna[190]. En Derecho aragonés ha pasado así de considerarse una figura que «puede contribuir a la guarda y protección» de los entonces incapacitados (antiguo art. 100 CDFA) a ser incluida en el elenco de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad por delante de la curatela y el defensor judicial (art. 103 CDFA). Es más, se le ha dotado de un régimen jurídico muy detallado, dirigido a garantizar su adecuado funcionamiento y, por lo demás, su correcto encaje en el nuevo sistema de apoyos.

De este modo, tras la reforma del CDFA la guarda de hecho puede calificarse sin reparos de medida legal de apoyo[191], en el

[189] Como he apuntado, en atención al artículo 272.2 CC las mismas salvedades con algún matiz –en particular, la «existencia de circunstancias gravemente desconocidas» y la «alteración de las circunstancias expresadas o presumiblemente tenidas en cuenta en las disposiciones»– rigen en Derecho estatal, excepción hecha de la relativa al imposible o extraordinariamente difícil cumplimiento de las disposiciones de índole personal. Sobre esta cuestión ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo en dos de sus sentencias (SSTS núm. 706 de 19 octubre 2021 y núm. de 2 noviembre 2021), denegando la aplicación de tales excepciones, en una interpretación restrictiva de las mismas que particularmente comparto, en sendos supuestos en que las interesadas habían designado única curadora a una de sus hijas por su mayor disponibilidad y apoyo, con exclusión de los hijos varones; disposición esta de la que prescindieron las instancias judiciales inferiores para, en el primero de los supuestos enjuiciados, nombrar cocurador a otro hijo bajo el régimen de mancomunidad y, en el segundo, nombrar curadora de la persona a la hija y curador de los bienes al hijo. El Tribunal Supremo estima ambos recursos de casación y, declarando el carácter vinculante de la autocuratela, nombra curadoras exclusivamente a las hijas.

[190] De acuerdo con Bayod López, 2024, pp. 139-141.

[191] Suscribo aquí la tesis de Bayod López, 2024, pp. 141-142 y 147. Pero también creo que tal condición puede predicarse de la guarda de hecho, tal y como se articula en

sentido de que su habilitación para actuar proviene directamente de la ley, en vez de la autoridad judicial –como sucede con las medidas judiciales– o de la voluntad de los particulares –en el caso de las medidas voluntarias–. Ahora bien, ello no obsta a que su origen siga siendo voluntario, en cuanto surge «por iniciativa propia» de quien presta el apoyo como especifica el artículo 169-9 (en términos coincidentes con el antiguo art. 156), y, por tanto, sin que esté obligado a ello en virtud de un mandato o una resolución judicial, a diferencia de lo que sucede con las medidas voluntarias y judiciales de apoyo[192].

Por añadidura, el mismo 169-9, tratando de delimitar sus caracteres esenciales, la configura novedosamente como una medida de apoyo autosuficiente y con ánimo de permanencia. Autosuficiente[193], en cuanto el guardador de hecho «presta los apoyos precisos» a la persona con discapacidad, esto es, los que necesite para ejercer su capacidad jurídica en atención a sus concretas circunstancias, ya sea en su esfera personal y/o patrimonial (art. 169-12.1 *in fine*). Con ánimo de permanencia, ya que ha dejado de contemplarse como una situación transitoria que necesariamente debe cesar (antiguos arts. 156 y 131.1), pudiendo, en su lugar, prolongarse en el tiempo mientras persista la necesidad de apoyo, siempre que el guardador quiera seguir dándole la cobertura precisa bajo esta medida y no inste su nombramiento como curador, conforme al artículo 169-10.3 CDFA.

Tales caracteres se encuentran, igualmente, presentes en la guarda de hecho, tal y como se encuentra articulada en el Código civil, aunque de modo más difuso, desde el momento en que la Ley 8/2021 renunció a definirla, para, en su lugar, incluir un precepto en dicho cuerpo legal, el artículo 263, que se limita a prever su continuidad

---

Derecho estatal, pese a que el CC en su artículo 250.4 la califique de «medida informal de apoyo». Y es que, en mi opinión, tal denominación tiene que ver más bien con la idea de que la guarda de hecho carece de investidura formal –ya sea la escritura pública de otorgamiento de las medidas voluntarias de apoyo o la resolución judicial de constitución de la curatela y defensor judicial–. Pero ello no empece a considerarla una medida legal de apoyo, en el sentido que es la ley –en este caso, el CC– la que define su concreto alcance y, por ende, le atribuye legitimidad para operar como una medida de apoyo más, como precisan las *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores*, Madrid, 27 y 28 septiembre 2021, p. 9; el *Documento interpretativo al protocolo marco entre FGE y Asociaciones bancarias. Documento 1. La guarda de hecho en la Ley 8/2021*, 2023, p. 5; y el *Documento definitivo del grupo de trabajo del Consejo General del Poder Judicial sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria,* s.f., p. 3. Coincide en esta apreciación Ruiz-Rico Ruiz, 2022, p. 282.

[192] Que pueden calificarse así de «medidas preconstituidas», de acuerdo con Castro-Girona Martínez, 2022, p. 28.

[193] De «completitud» habla Calatayud Sierra (acta núm. 295, de 11 enero 2023, de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil).

por quien la venga ejerciendo adecuadamente [194]. Pero también de modo más matizado, en cuanto que el sistema estatal contempla la pervivencia de la guarda de hecho mientras sea «suficiente», sin que quepa su sustitución por una curatela por la sola voluntad del guardador (art. 269.1 CC). Ello sin olvidar que, tras habilitar al guardador para prestar todos los apoyos necesarios aun representativos, prevé el posible nombramiento de un defensor judicial para ocuparse de «aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan», lo que no hace sino vaciarla de contenido (art. 264.4 CC) [195].

En cualquier caso, la potenciación de que ha sido objeto la guarda de hecho en Derecho aragonés ha venido acompañada de un importante reforzamiento de su sistema probatorio, siendo consciente el legislador de la relevancia de este extremo, en cuanto se vincula directamente con su operatividad en el tráfico jurídico [196]. Se dedica así en el CDFA un precepto específico a la acreditación de la condición de guardador de hecho, el artículo 169-13, en el que se ha dado entrada a la declaración de notoriedad en acta notarial [197], junto a la declaración de la Junta de Parientes de la persona con discapacidad que ya se contemplaba en el régimen anterior. Cierto que en la redacción definitiva que se dio a dicho precepto se renunció a atribuir tanto a la una como a la otra la condición de medios privilegiados de prueba, por imponerse finalmente el criterio según el cual, de normal, la existencia de la guarda de hecho podrá acreditarse mediante cualquiera de los medios admitidos en Derecho y, en particular, cuando se constate haber ejercido la autoridad familiar sobre la persona con discapacidad, la convivencia en el mismo domicilio, el parentesco dentro del cuarto grado o la condición de cónyuge o pareja estable no casada (aptdo. 2). Pero ello no obsta para que, en ciertos casos [198], la condición del guardador requiera un medio reforzado de prueba

---

194 Advierten de la problemática derivada de esta indefinición RUIZ-RICO RUIZ, 2022, pp. 287-288; y GOMÁ LANZÓN, *Notarios y Registradores,* 2024.

195 Expresa también sus reservas sobre esta previsión LECIÑENA IBARRA, 2021, p. 668.

196 Como señala más detenidamente la *Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado,* pp. 12-13, la prueba de la existencia de la guarda de hecho se revela esencial para allanar su ejercicio, garantizar los derechos de las personas con discapacidad, evitar fraudes, abuso o influencias indebidas, evitar perjuicios a terceros y dar seguridad al tráfico jurídico.

197 Sobre la adecuación del acta de notoriedad para probar la existencia de la guarda de hecho recomiendo la lectura de la *Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado,* p. 14.

198 Coincido con GOMÁ LANZÓN, *Notarios y Registradores,* 2024, cuando se refiere a la especial virtualidad probatoria del acta de notoriedad respecto de aquellas gestiones, fundamentalmente de índole bancaria o administrativa, a realizar por el guardador en representación de la persona con discapacidad que no puede tomar sus propias decisiones ni, por consiguiente, otorgarle un poder para que actúe en su nombre.

como es el acta de notoriedad o la declaración de la Junta de Parientes constituida bajo fe notarial o, en su caso, judicialmente, lo que explica su tratamiento separado en el aptdo. 3; eso sí, con un límite temporal que se ha fijado en los dos años anteriores a la necesidad de acreditación, lo que se encuentra plenamente justificado dado que tanto el acta como la declaración de la Junta constatan la existencia de la guarda en un momento dado, pero no su subsistencia en el tiempo[199]. Por añadidura, se ha clarificado que la declaración judicial no es necesaria para acreditar su existencia, tratando así de evitar cierta práctica que se está consolidando al amparo del CC, que omite esta concreta cuestión (aptdo. 1)[200].

Se ha mantenido, sin apenas novedades, el régimen de vigilancia y control de la guarda de hecho, tal y como fue pergeñado por la LDp, por considerarlo compatible con las exigencias del artículo 12.2 Convención NU de 2006 en materia de salvaguardas. De este modo, el artículo 105 CDFA ya referido sigue atribuyendo al Juez y Ministerio Fiscal la competencia de recabar al guardador información sobre la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad y su actuación al respecto, ya sea de oficio o –novedosamente– a instancia de cualquier interesado. También preserva la facultad del Juez de implementar medidas de control y salvaguardas complementarias o adicionales. Las mismas previsiones formulan en Derecho estatal, sin apenas variantes, los artículos 265.2 CC y 52 LJV, en mi opinión de modo muy razonable desde el momento en que la guarda de hecho se configura como una medida de apoyo más[201].

No se delimita –como tampoco en el CC–, quien puede ser guardador de hecho, por considerarse innecesario, desde el momento en que, en sede de normas comunes a las instituciones tutelares

[199] En cualquier caso, la redacción dada finalmente al artículo 169-13 CDFA resulta respetuosa con las recomendaciones formuladas, en ausencia de norma estatal al respecto, entre otros documentos, en las *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores*, Madrid, 27 y 28 septiembre 2021, pp. 12-13; el *Documento interpretativo al protocolo marco entre FGE y Asociaciones bancarias. Documento 1. La guarda de hecho en la Ley 8/2021*, 2023, pp. 5-6; y el *Documento definitivo del grupo de trabajo del Consejo General del Poder Judicial sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria,* s. f., pp. 5-6.

[200] De paradójica tacha esta práctica, no sin razón, De Verda y Beamonte, *IDIBE (Tribuna),* 2024, p. 5.

[201] Me permito discrepar en este punto de De Verda y Beamonte, *Diario La Ley*, 2022, p. 15, cuando vincula la sujeción a control del guardador a la desconfianza que tradicionalmente ha existido en torno a esta figura. Y es que, a mi parecer, desde el momento en que ha sido opción del legislador atribuirle la condición de medida de apoyo, incluso con carácter preferente a las medidas judiciales, se impone que esté sujeta a los mismos controles que rigen para las restantes medidas, a fin de garantizar que los derechos de la persona con discapacidad queden debidamente tutelados conforme a las exigencias de la Convención NU de 2006.

y medidas de apoyo ya hay un precepto, el artículo 123, que regula la capacidad para ser titular de medidas de apoyo en general, distinguiendo a tal efecto entre personas físicas y jurídicas. Con todo, en atención a los términos tan amplios en que se expresa el artículo 169-9 a la hora de referirse al guardador de hecho («persona física o jurídica») no cabe descartar que lo sea una persona jurídica privada con ánimo de lucro; ello incluso si proporciona servicios residenciales o asistenciales a la persona con discapacidad en virtud de un contrato, por cuanto el CDFA no incluye una prohibición similar a la establecida en el artículo 250.8 CC, sin que, por lo demás, sea aplicación supletoria, en atención a lo dispuesto en el artículo 1.2 CDFA[202].

No obstante lo anterior, se ha otorgado reconocimiento jurídico, a una práctica muy habitual como es la guarda de hecho plural, cuestión esta también silenciada en el Código civil. El artículo 169-11 CDFA centra su atención en la guarda familiar, en particular, en las que constituyen sus modalidades más habituales como son, de una parte, la ejercida por ambos progenitores respecto de sus hijos y, de otra, la que ejercen varios hermanos respecto de sus progenitores u otros hermanos[203], articulando un mínimo régimen de funcionamiento a tal efecto[204]. Se faculta así a los guardadores para que acuerden como van a prestar los apoyos, ya sea conjunta o separadamente (aptdo. 2); pero, acto seguido, en aras de la debida protección debida a los terceros de buena fe que se relacionen con ellos, se formula la presunción según la cual se considera que «cada

[202] Conforme a las *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores*, Madrid, 27 y 28 septiembre 2021, p. 15, la referencia a las «personas jurídicas» como guardadores de hecho permite dar entrada a la guarda institucional que es la que se constituye cuando la persona con discapacidad se encuentra ingresada en un centro residencial. En tal caso es la dirección del mismo la que asume la guarda de la persona. En la doctrina coincide en esta apreciación Ruiz-Rico Ruiz, 2022, p. 286.

[203] Por añadidura, en las *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores,* Madrid, 27 y 28 septiembre 2021, *Idem,* respecto a las personas ingresadas en una residencia se ha defendido la posible coexistencia de una guarda institucional con una familiar. Aunque la cuestión es dudosa, por lo que hace al Derecho aragonés me permito discrepar de este criterio, con base en el artículo 102.2 CDFA, para considerar que, si hay unos familiares que siguen prestando el apoyo necesario, sólo ellos tienen la condición de guardadores de hecho, con la «colaboración» del centro.

[204] Nótese que con este precepto se ha pretendido aclarar las posibles dudas relativas a la operatividad de la guarda plural en la práctica, con el fin de garantizar la seguridad en el tráfico jurídico. Silenciada esta cuestión en Derecho estatal, al *Documento interpretativo al protocolo marco entre FGE y Asociaciones bancarias. Documento 1. La guarda de hecho en la Ley 8/2021*, 2023, p. 11 establece que la voluntad de la persona con discapacidad debe ser el primer criterio para determinar la forma en que deben conducirse los guardadores y, en su defecto, como buena práctica aconseja a los guardadores «alcanzar acuerdos entre sí en los que, o bien se establezca la delegación de la interlocución en uno de ellos, o bien se acuerde la actuación indistinta, especialmente en relación con la gestión económica ante entidades financieras».

guardador actúa en el correcto ejercicio de sus funciones» y, por tanto, de modo válido y eficaz (aptdo. 3).

Como no podía ser de otra manera, la configuración de la guarda de hecho como medida de apoyo ha traído consigo la inclusión de unas pautas para clarificar su relación con las restantes medidas contempladas en el CDFA, ya sean voluntarias o judiciales. Es más, se ha distinguido a tal fin las dos posibles hipótesis de partida como son, de una parte, la posible coexistencia de una guarda de hecho con una medida voluntaria o judicial preexistente; y, de otra, la eventual instauración de una medida voluntaria o judicial de apoyo en presencia de una guarda de hecho.

La primera hipótesis ha sido resuelta en el artículo 169-10.1 y 2 CDFA, adoptando, como regla, el criterio de la incompatibilidad de la guarda de hecho con un mandato de apoyo o una curatela ya existentes. Ello, no obstante, con dos salvedades como son, de una parte, que el mandato no cubra todos los apoyos necesarios[205]; y, de otra, que la persona con discapacidad se encuentre en «situación de desamparo», expresión esta que resulta difícilmente extrapolable a los mayores de edad a la luz de los postulados de la Convención NU de 2006 y, por ello, hubiera necesitado de una mayor concreción[206]. Con todo, tomando como referencia la noción de desamparo referida a la tutela administrativa de menores en el artículo 150.1 CDFA, aquí quizá podría interpretarse en el sentido de falta de apoyo a causa del incumplimiento o del ejercicio inadecuado o imposible de las funciones que le han sido atribuidas al mandatario en el contrato de mandato.

De la misma premisa –esto es, de la exclusión de la guarda de hecho ante una medida voluntaria o judicial previa– parte el Derecho estatal, sin renunciar tampoco a incluir una excepción a la misma, como es la relativa a la aplicación ineficaz de la medida instaurada formalmente. En este punto, los artículos 250.4 y 263 CC contemplan su posible coexistencia y, por ende, complementariedad en caso de que la medida voluntaria o judicial de apoyo «no se esté aplicando eficazmente»[207], expresión esta muy amplia en la que –entiendo– pueden tener cabida las mismas situaciones que justifican

[205] Nótese que tal salvedad se circunscribe, en buena lógica, al mandato de apoyo, habida cuenta su carácter voluntario y, sobre todo, anticipatorio.

[206] De hecho, la lectura del acta núm. 296, de 18 enero 2023, de la Comisión aragonesa de Derecho Civil revela ciertas divergencias entre sus miembros a la hora de incluir tal expresión.

[207] En concreto, el artículo 250.4 CC, ubicado en sede de disposiciones generales sobre medidas de apoyo, admite la existencia de la guarda de hecho, siempre que «no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente». Por su parte, el artículo 263 CC, referido específicamente a la guarda de hecho, valida la continuidad de la guarda de hecho que se esté ejerciendo adecuadamente, aun existiendo simultáneamente medidas voluntarias o judiciales, «siempre que estas no se estén aplicando eficazmente».

en Derecho aragonés la concurrencia de la guarda de hecho con una medida preconstituida, ya sea voluntaria o judicial[208].

A la segunda hipótesis y, en particular, a la posible constitución de una curatela con guarda de hecho previa atiende el artículo 169-16 CDFA, acogiendo una solución parcialmente coincidente con la formulada en Derecho estatal. Así, en su aptdo. 1 parece optar por la subsidiariedad de la curatela respecto de la guarda de hecho, cuando prevé, de modo similar al artículo 269.1 CC, que «podrá constituirse la curatela cuando la persona con discapacidad carezca de […] guardador de hecho que le preste los apoyos precisos en el ejercicio de la capacidad jurídica». No obstante, esta primera apreciación debe matizarse, en atención a lo dispuesto en su aptdo. 3, en cuanto tal precepto permite la constitución de la curatela «aun existiendo guarda de hecho» cuando así lo solicite el Ministerio Fiscal, la persona con discapacidad o el guardador de hecho, sin más condicionantes. Tal previsión guarda relación con el artículo 169-10 que en su aptdo. 2 legitima al guardador de hecho para instar su nombramiento como curador, «conforme a lo regulado en este Título», con lo que ello implica, esto es: poder sustentar su solicitud exclusivamente en la dificultad de seguir actuando con base en la guarda de hecho, lo que puede suceder particularmente cuando la gestión de los intereses de la persona con discapacidad se revele compleja[209].

Con estas previsiones, el Derecho aragonés busca, sin duda, facilitar el tránsito de la guarda de hecho a la curatela, sin supeditarlo a un juicio de «insuficiencia» o «inadecuación» de la primera, como sí lo exige el Código Civil. Y es que, según se desprende de la lectura conjunta de sus artículos 255.5, 263 y 269.1, en Derecho estatal debe excluirse la adopción de la curatela cuando exista una guarda de hecho que esté funcionando de manera adecuada y suficiente[210], en un planteamiento, a mi juicio, muy restrictivo y que, además, se sustenta en conceptos jurídicos indeterminados, con el riesgo de discrecionalidad que ello implica[211]. Con todo, tras la aprobación de la

---

[208] Corrobora esta opinión la interpretación que de dicha expresión legal ofrecen Pereña Vicente, *RDC,* 2018, p. 73; y Ruiz-Rico Ruiz, 2022, pp. 270.

[209] Como consta en el acta núm. 296, de 18 enero 2023, de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

[210] De acuerdo con el *Documento definitivo del grupo de trabajo del Consejo General del Poder Judicial sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria,* s. f., p. 4.

[211] Con todo, el Consejo General del Poder Judicial en el documento precitado, p. 5 ha tratado de acotar el significado de tales expresiones a los efectos de su aplicación por los órganos judiciales. En particular, considera la guarda de hecho «no adecuada» cuando existan conflictos de intereses reiterados, conflictos de índole personal, abusos del guardador o influencia indebida sobre la persona con discapacidad; y «no suficiente» cuando se advierta que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales para actuar en representación de la persona con discapacidad de forma reiterada. Acoge esta interpretación la STS núm. 66 de 23 enero 2023.

Ley 8/2021, aunque en un primer momento se impuso mayoritariamente entre los operadores jurídicos una interpretación literal de dichos preceptos[212], el Tribunal Supremo *a posteriori* ha acogido un criterio más flexible, para sostener, de modo muy plausible más allá de su tenor literal, que una guarda de hecho preexistente no excluye de modo rígido y automático la constitución de la curatela, ya sea para sustituirla o complementarla, siendo factible esta posibilidad «si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor el apoyo». Es más, a tales efectos interpreta la solicitud del guardador para ser nombrado curador como una evidencia de que la guarda no es idónea para satisfacer las necesidades de apoyo de la persona con discapacidad, particularmente cuando forma parte del núcleo familiar más íntimo (SSTS núm. 1443 y núm. 1144, de 20 octubre 2023 y STS núm. 875 de 18 junio 2024)[213].

El CDFA no contempla, sin embargo, el posible otorgamiento de un mandato de apoyo con una guarda de hecho preexistente, lo que puede justificarse en tanto que dicha medida voluntaria ha sido concebida con carácter preventivo o anticipatorio (art. 168). No obstante lo anterior, no cabe descartar que la persona con discapacidad, siempre que tenga aptitud suficiente, y el guardador puedan otorgar de mutuo acuerdo un mandato de apoyo para sustituir o, en su caso, complementar la guarda. E igualmente que el propio interesado otorgue un poder preventivo al guardador a fin de facilitarle su actuación representativa, en caso de tener que asumirla.

Otro aspecto novedoso de la reforma tiene que ver con la ampliación del ámbito de actuación del guardador de hecho, en cuanto que se ha extendido a todos aquellos actos respecto de los cuales la persona pueda necesitar apoyo, entiéndase en cualquiera de las modalidades a que se refiere el artículo 35 CDFA[214]. De este modo, el artículo 169-12 CDFA confiere legitimación al guardador no sólo para prestar a la persona con discapacidad apoyos de menor intensidad, como el acompañamiento y/o asistencia, sino también para actuar en su representación, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial.

---

[212] De acuerdo con De Verda y Beamonte, *Diario La Ley*, 2022, p. 2; y *RJN*, 2022, p. 48; y Ruiz Alonso, *Diario La Ley*, 2023, pp. 1-3.

[213] Con base en esta doctrina, el Tribunal Supremo accede a la solicitud de que se le nombre curador representativo formulada respectivamente por el cónyuge (STS núm. 1444 de 20 octubre 2023) y el hijo (STS núm. 875 de 18 junio 2024) de la persona con discapacidad, quienes hasta entonces habían asumido su guarda de hecho, «para facilitarle su labor».

[214] En cualquier caso, importa señalar con la *Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado*, p. 22, que el apoyo a prestar por el guardador de hecho es un apoyo dinámico, de tal manera que el tránsito de unas funciones a otras se produce de forma natural, conforme a las necesidades que vayan surgiendo. Coincide en esta apreciación Lora-Tamayo Rodríguez, *RDN*, 2024, p. 20.

A partir de ahí, en lo que hace concretamente a su actuación representativa, dicho precepto acoge la distinción acuñada en Derecho estatal entre los ámbitos de actuación ordinaria y extraordinaria del guardador, no sin importantes divergencias. En efecto, una lectura detallada del artículo 169-12 CDFA revela que el legislador aragonés, a la hora de distinguir entre una y otra categoría, ha puesto el acento exclusivamente en la trascendencia del acto a realizar por el guardador, prescindiendo del vago criterio de la necesidad al que acude, sin embargo, el CC[215]. A partir de ahí, dicho precepto identifica el ámbito ordinario de actuación, en el plano patrimonial, con los actos de administración[216], los actos de disposición de «escasa importancia», incluidas disposiciones pecuniarias para los gastos ordinarios, y la gestión de las prestaciones asistenciales y ayudas de cualquier tipo en beneficio de la persona con discapacidad (aptdos. 2 y 4); y, en el plano personal, con la obtención de información clínica y la prestación del consentimiento informado por sustitución (aptdo. 3)[217]. Dentro de este concreto ámbito de actuación y para facilitar su actuación frente a terceros, se atribuye al guardador de hecho la representación legal, sin exigirle autorización o aprobación adicional alguna (aptdo. 5).

El ámbito de actuación extraordinaria del guardador, por su parte, ha sido definido en sentido negativo o por exclusión, dando cabida a todas aquellas «actuaciones personales o no patrimoniales no comprendidas en los párrafos anteriores» (esto es, aquellos actos distintos a los enunciados en los aptdos. 2 a 4 del art. 169-12), a la par que se ha condicionado su validez a la autorización previa o, en su caso, aprobación posterior de la Junta de Parientes o del Juez, con audiencia de la persona con discapacidad. Por añadidura, se ha previsto, en aras de facilitar el tráfico jurídico[218], que una misma autorización o, en su caso, aprobación podrá abarcar una pluralidad de actos «necesarios para el adecuado ejercicio de la función de apoyo» (aptdo. 6); piénsese p.e. en la venta de varios inmuebles titularidad de la persona con discapacidad.

---

[215] Como, igualmente, advierte Bayod López, 2024, p. 153.

[216] Ya sin el límite de que sean «necesarios» que recogía el antiguo artículo 159.1 CDFA, lo que permite incluir los actos extraordinarios de conservación o mantenimiento del patrimonio de la persona con discapacidad, de acuerdo con Bayod López, 2024, p. 151.

[217] En un planteamiento coherente con los artículos 9.1 y 14.1.a Ley de Salud de Aragón que hacen extensivos respectivamente el derecho a la información clínica y el consentimiento informado por sustitución a los familiares y allegados de la persona con discapacidad. Ello no obstante, se impone una revisión de esta materia a fin de adecuar las previsiones actualmente vigentes a las exigencias de la Convención NU de 2006, de tal manera que se garantice que sea la propia persona con discapacidad la que, como regla, adopte sus propias decisiones en este ámbito que afecta tan directamente a su esfera personal, facilitándole los ajustes y apoyos que sean necesarios.

[218] Como señala Bayod López, 2024, p. 153.

A la luz de expuesto, puede concluirse que, en Derecho aragonés, la posibilidad de actuación representativa del guardador ha quedado acotada con mayor precisión que en el artículo 264 CC y, además, al margen del régimen de la curatela. Dicho precepto incorpora así la distinción, no exenta de ambiguedad, entre la representación relativa, de una parte, a actos muy relevantes y relevantes; y, de otra, a actos de escasa relevancia[219]. Las dudas ya surgen por lo que hace a las dos primeras categorías, en cuanto dicho precepto en su aptdo. 2 requiere «en todo caso» autorización judicial para los de especial relevancia que identifica de modo cuestionable con los enunciados en el artículo 287 relativo a la curatela con funciones de representación[220], mientras que para los demás, en su aptdo. 1, condiciona la exigencia de autorización al criterio de la «necesidad» del acto representativo con el margen de discrecionalidad que ello implica[221]. Pero también respecto a los actos incluidos en el ámbito de actuación ordinaria del guardador y, por ende, exentos de autorización judicial, que en su aptdo. 3 enuncia por remisión a conceptos jurídicos indeterminados, igualmente necesitados de precisión, como son la solicitud de prestaciones económicas «que no supongan un cambio significativo en la forma de vida de la persona con discapacidad» y los «actos jurídicos sobre bienes que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar»[222]. Mayor

---

[219] Sigo en este punto la clasificación acuñada por la *Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado*, p. 22-24.

[220] A este respecto coincido con Solé Resina, *La Ley Derecho de familia*, 2021, p. 7, cuando cuestiona esta equiparación, desde el momento en que, en el sistema estatal de apoyos, la curatela se configura como extraordinaria y residual y, además, su provisión requiere un proceso judicial que garantiza la adecuación de su contenido, lo que no sucede con la guarda de hecho.

[221] Sostienen una opinión similar la *Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado*, p. 23; y, en la doctrina, Pereña Vicente, *RDC*, 2018, pp. 76-77.

[222] Coinciden en esta apreciación el *Documento interpretativo al protocolo marco entre FGE y Asociaciones bancarias. Documento 1. La guarda de hecho en la Ley 8/2021*, 2023, p. 7; y, en la doctrina, Pereña Vicente, *RDC*, 2018, p. 78, y Lora-Tamayo Rodríguez, *RJN*, 2024, p. 25. Nótese, por lo demás, que la segunda expresión transcrita («actos jurídicos sobre bienes»), al menos interpretada en sus términos literales, debe entenderse circunscrita a actos de índole patrimonial, surgiendo así la duda sobre la legitimación del guardador para llevar a cabo directamente ciertos actos personales en representación de la persona con discapacidad, extremo este que ha sido resuelto expresamente por el artículo 169-12 CDFA en los términos indicados. Con todo, en la práctica parece haberse impuesto atinadamente una lectura correctora de este precepto, en el sentido de incluir en esta expresión cualquier acto, no necesariamente patrimonial, necesario para el adecuado desarrollo de la vida diaria de la persona con discapacidad (según consta tanto en el referido *Documento interpretativo*, p. 8, como en la *Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado*, p. 27); interpretación esta que se ve ratificada por los artículos 5.1 y 9.3.a Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente respecto a la solicitud de información clínica y el consentimiento informado por representación, en cuanto dan entrada muy ampliamente a las «personas vinculadas por razones familiares o de hecho» al paciente.

confusión si cabe genera, a la hora de delimitar el ámbito de actuación del guardador, la previsión que cierra este precepto relativa al posible nombramiento de un defensor judicial, en coexistencia con el guardador de hecho, «para aquellos asuntos que su naturaleza lo exijan», sin concreción adicional alguna[223].

El régimen de la guarda de hecho del CDFA concluye con un precepto, el artículo 169-14, donde se especifican las causas de pérdida de la condición de guardador de hecho, en términos similares a los del artículo 267 CC, referido propiamente a la extinción[224]. Dichos preceptos contemplan así la posible extinción automática de la guarda en caso de que cese de modo absoluto la necesidad de apoyo, aun acudiendo a expresiones diferentes: «que deje de ser precisa la prestación de apoyo» (art. 169-14.1.º CDFA) vs. «desaparición de las causas que la motivaron» (art. 267.2.º CC)[225]. Ambos textos legales (art. 169-14.2.º CDFA y art. 267.2.º CC) coinciden, igualmente, en permitir el desestimiento del guardador, lo que guarda coherencia con el origen voluntario de esta medida de apoyo, ya referido. Ahora bien, le imponen muy razonablemente la obligación de comunicar su desestimiento a la entidad pública competente en materia de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad[226] o –añade el Código aragonés– la autoridad judicial, al objeto de evitar la eventual desasistencia de la persona con discapacidad[227]; ello salvo que le resulte imposible u otra persona

---

[223] Me permito aquí discrepar de De Las Heras García, *ULPLR*, 2022, p. 24, cuando afirma que tal expresión del artículo 264.4 CC debe entenderse como una mera remisión al artículo 295 CC, relativo a «los casos» en que procede el nombramiento de defensor judicial. Cierto que, con base en este último precepto, puede defenderse su nombramiento bien cuando el guardador no pueda prestar apoyo (1.º) o cuando tenga un conflicto de interés con la persona con discapacidad (2.º). Pero al margen de ello, el artículo 264.4 CC parece atribuir al defensor judicial la función de prestar apoyo a la persona bajo guarda de hecho para ciertos asuntos cuya naturaleza así lo exija, eso sí, sin ninguna precisión adicional, como hubiera sido necesario. En este contexto, resulta clarificadora la STS núm. 66 de 23 enero 2023 cuando afirma que «esto sucederá […] cuando por la complejidad del acto, el guardador de hecho no sea la persona idónea para llevarlo a cabo».

[224] Según puede leerse en el acta núm. 298, de 8 febrero 2023, de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, fue propuesta del vocal Calatayud Sierra sustituir la expresión «extinción de la guarda de hecho» presente en el CC por la de «pérdida de condición de guardador», por cuanto puede haber pérdida sin extinción. Los demás miembros de la Comisión aceptaron este planteamiento, por resultar más amplio.

[225] Coinciden en la interpretación que aquí se sustenta respecto a la causa enunciada en el artículo 287.2.º CC Leciñena Ibarra, 2021, p. 678; De Verda y Beamonte, 2022, p. 116; Fábrega Ruiz y Anguiano Vera, 2022, p. 743; y De la Iglesia Monje, *RCDI*, 2024, p. 328. Por lo demás, como afirman estos autores, ello podrá obedecer a una mejoría de la situación de discapacidad, de tal manera de que la persona esté en condiciones de ejercer su capacidad jurídica sin apoyos, o a su fallecimiento.

[226] Tal previsión debe ponerse en relación con el artículo 45-8 CDFA, ya referido, que habilita a la Administración para prestarles apoyo en aquellas situaciones que califica de «necesidad urgente de apoyo». La misma previsión contiene en Derecho estatal el artículo 253 CC.

[227] Se expresan en términos similares De Verda y Beamonte, 2022, p. 119; y De la Iglesia Monje, *RCDI*, 2024, p. 328.

asuma voluntariamente la guarda de hecho. Por último, también convergen en otorgar a la autoridad judicial la amplia facultad de decretar la pérdida de la condición del guardador –extinción en el CC– [228] cuando «lo estime conveniente» [229], a instancia del Ministerio Fiscal y del interesado en ejercer el apoyo (art. 169-14.3.º CDFA y art. 267.4.º CC). La norma aragonesa y estatal han adoptado, sin embargo, soluciones divergentes en orden al papel a atribuir a la voluntad de la persona con discapacidad en orden al cese de la guarda de hecho. En particular, mientras el CC (art. 267.1.º) le permite solicitar que el apoyo «se organice de otro modo» sin más requisitos [230], en Derecho aragonés tal iniciativa ha quedado excesivamente constreñida, desde el momento en que habrá de solicitarlo ante la autoridad judicial, a quien se atribuye la decisión última en atención a razones de conveniencia (art. 169-14.3.º CDFA).

VI. **LAS MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO**

El nuevo sistema aragonés de apoyos incluye, como el estatal, exclusivamente dos medidas judiciales como son la curatela y el defensor judicial. No obstante, más allá de esta coincidencia nominal, importantes divergencias las separan en orden a su configuración y régimen jurídico.

1. LA CURATELA COMO MEDIDA JUDICIAL DE APOYO ESTABLE Y RECURRENTE

Tras la reforma de 2024, el CDFA asigna a la curatela la condición de principal medida judicial de apoyo de las personas con discapacidad [231], hasta entonces reservada a la tutela, a la par que

[228] Con todo más allá del tenor literal del artículo 267 CC, Fábrega Ruiz y Anguiano Vega, 2022, p. 744, interpretan que en tal caso no hay propiamente extinción sino sustitución.

[229] Expresión muy amplia, donde (coincido con De Verda y Beamonte, 2022, p. 118; y De la Iglesia Monje, *RCDI*, 2024, p. 328) pueden tener cabida situaciones muy diferentes que justifiquen el cese del guardador y, en su caso, la sustitución por una medida judicial de apoyo, salvo que exista otra persona con voluntad de asumir la guarda de hecho, tales como la existencia de conflictos entre el guardador y la persona con discapacidad o el inadecuado o imposible ejercicio de las funciones de apoyo por el guardador. Una interpretación más restrictiva de esta expresión ofrece, sin embargo, Leciñena Ibarra, 2021, p. 679 para circunscribirla a los supuestos de riesgo inmediato, abuso, conflicto de interés e influencia indebida.

[230] Como advierte Ruiz-Rico Ruiz, 2022, p. 280, el artículo 267.1.º CC no precisa a quién ha de dirigirse la misma ni se debe cumplir alguna formalidad. Parece por ello que bastará con que la persona con discapacidad se dirija al propio guardador solicitando su cese. Cuestión distinta que este decline, en cuyo caso habrá acudir al Juez, quien parece habrá de respetar su voluntad favorable a la extinción de la guarda, entiendo siempre que sea libre y consciente.

[231] Lo mismo puede afirmarse respecto de la curatela del CC, de acuerdo con Munar Bernat, *RDC*, 2018, p. 122; y Vivas Tesón, 2022, p. 502.

preserva su función de institución tutelar de los menores no emancipados. La curatela diseñada por el legislador aragonés se aparta así del modelo estatal en lo que atañe a su naturaleza jurídica, en cuanto que, tras la reforma de 2021, en el Código civil opera exclusivamente como medida de apoyo[232]. Pero no, en cambio, en lo que se refiere a sus notas características, que resultan prácticamente coincidentes en ambos sistemas, como podrá evidenciarse a continuación[233].

Sobre este particular puede sostenerse que la nueva curatela aragonesa mantiene sus rasgos esenciales tal y como fueron pergeñados en 2006, si bien debidamente modulados a la luz de las exigencias de la Convención NU de 2006. Se sigue así perfilando como una medida de carácter estable, a la que cabe acudir cuando la persona con discapacidad necesite un apoyo, ya sea de mayor o menor intensidad, no tanto continuado como prevé literalmente el CC (art. 250.5), sino más exactamente recurrente o reiterado[234].

También se ha conservado e, incluso, reforzado su carácter flexible, siguiendo las pautas marcadas por la LDp, cuando dio entrada en el Código foral aragonés (antiguo art. 150.2) a una curatela para las personas entonces incapacitadas, no limitada exclusivamente a una función asistencial, como estaba planteada en el Código civil, sino con la posibilidad adicional de asumir funciones representativas en el ámbito patrimonial si así lo determinaba el Juez. Tal flexibilidad se consolida en el nuevo sistema resultante de la reforma, en cuanto que, muy acertadamente, se dota a la curatela de una triple función, ya no solo asistencial o representativa, sino, adicionalmente, de mero acompañamiento, en coherencia con lo dispuesto en su artículo 35. Ello supeditado, en todo caso, a las concretas necesidades de apoyo que la persona con discapacidad tenga en el ejercicio de su capacidad jurídica y, por tanto, de modo proporcional a las mismas (arts. 169-15.1 y 169-19.2, en relación con el art. 36.1)[235]. A tal fin el legislador aragonés ha diseñado una

---

[232] Como advierte Pereña Vicente, 2022a, p. 126.

[233] En este punto sigo la caracterización de la curatela del CC por Pereña Vicente, 2022a, p. 126, como medida de apoyo flexible, estable, única a la par que plural y subsidiaria.

[234] Coincide en esta interpretación Arbués Aísa, 2024, p. 178.

[235] El CDFA se hace eco así, al igual que el CC, de la jurisprudencia acuñada por el Tribunal Supremo con anterioridad a la reforma estatal (por todas, STS núm. 341 de 1 julio 2014) que señaló la necesidad de dar una respuesta judicial no estereotipada, sino acorde a las concretas circunstancias de las personas con discapacidad, a la hora de establecer medidas de apoyo. Ello exige al Juez recabar toda la información posible a través de documentos, dictámenes a profesionales especializados del ámbito social y sanitario, audiencia a los familiares más cercanos y, sobre todo, entrevista a la persona con discapacidad conforme a lo dispuesto en los artículos 42 bis.b LJV y 759 LEC.

curatela que, claramente inspirada en la regulada en el CC suizo[236], puede adoptar tres modalidades: la curatela de comunicación y acompañamiento, la curatela de asistencia y la curatela con facultades de representación. Es más, se ha previsto que tales modalidades de curatela sean compatibles entre sí, sin que sea necesario nombrar a varios curadores para su ejercicio, salvo que así lo decida el Juez en atención a las circunstancias concurrentes (art. 169-19.3). En cualquier caso, como especifica el artículo 169-19.2, la intervención del curador se circunscribirá a aquellos concretos actos que, a criterio del Juez, requieran la prestación de apoyo.

De menor a mayor intensidad, el artículo 169-20 contempla, en primer lugar, la curatela de comunicación y acompañamiento, a adoptar en caso de que la persona con discapacidad pueda conformar su voluntad por sí sola, pero tenga problemas de comunicación y/o comprensión[237]. Dicha modalidad incluye dos submodalidades[238]: de una parte, la de comunicación, cuando la persona presente problemas para manifestar su voluntad y necesite, por tanto, una persona para darla a conocer; y de otra, la de acompañamiento, cuando necesite apoyo para «la consideración de opciones y la comprensión de los actos jurídicos y de sus consecuencias».

La curatela asistencial, tal y como dispone el artículo 169-21, se dirige a prestar asistencia a la persona con discapacidad para la válida formación de su consentimiento[239]. De ello resulta, por

---

[236] Como, de hecho, propugnó Ribot Igualada, 2019, p. 241, respecto al Derecho estatal en fase de Anteproproyecto. En particular, el CC suizo contempla cuatro modalidades de curatela. En la *curatela de acompañamiento* el curador meramente acompaña o ayuda a la persona a realizar ciertos actos (art. 393). La *curatela de cooperación* permite a la persona actuar por sí misma, si bien requiere el consentimiento del curador para llevar a cabo ciertos actos a determinar por la autoridad de protección del adulto (art. 396). La *curatela de representación/gestión patrimonial* atribuye al curador la representación para ciertos actos a determinar, asimismo, por la autoridad de protección del adulto, incluida, en su caso, la gestión total o parcial del patrimonio del discapaz (arts. 394 y 395). Por último, la *curatela de alcance general* se reserva a las personas con particular necesidad de apoyo debido a una falta permanente de discernimiento y alcanza todos los ámbitos de la asistencia personal, gestión del patrimonio y relaciones jurídicas con terceros (art. 398).

[237] Discrepo aquí de Arbués Aísa, 2024, p. 179, cuando cuestiona si tal curatela es una medida de apoyo al no ayudar en la formación de la voluntad. Como ya se ha indicado, el tenor del artículo 35 CDFA es claro en el sentido de incluir, entre las funciones a desempeñar por las medidas de apoyo no sólo la ayuda en la formación de la voluntad, sino también la mera ayuda en la comunicación y/o comprensión.

[238] En palabras de Arbués Aísa, 2024, p. 170.

[239] Por esta modalidad de curatela opta, tras la reforma, la SAP de Zaragoza núm. 417 de 18 noviembre 2024 para encomendar a la entidad curadora –Fundación para el apoyo a la autonomía y capacidades de las personas– la función de asistir a la persona con discapacidad –diagnosticada de trastorno obsesivo, trastorno de personalidad Cluster A y de ideas delirantes persistentes, sin conciencia de su enfermedad y e inobservancia de tratamiento médico, y en situación de aislamiento social–, no sin su oposición, en lo relativo a su tratamiento médico, gestión de su patrimonio y realización de contratos y negocios jurídicos de trascendencia. La misma solución adopta la SAP de Zaragoza núm. 538 de 20 enero 2025, si bien dotando a la curatela de un contenido más limitado, en cuanto atribuye a la curadora –Fundación para el apoyo a la autonomía y capacidades de las personas– la

consiguiente, que el apoyo a prestar por el curador en tal caso opera como complemento de capacidad, de tal manera que, en defecto de asistencia, el acto a realizar por la persona con discapacidad adolecerá de anulabilidad[240]. Es más, según precisa el artículo 169-22 –inspirado en el artículo 27, relativo al menor mayor de catorce años–, tal asistencia o aprobación requiere conocer el acto por parte del curador[241], valorar las preferencias de la persona a quien la presta, informarle de su transcendencia y considerarlo conforme a sus intereses. La asistencia puede ser expresa o tácita –incluida la mera presencia sin oposición– y tanto previa como simultánea al acto. En cualquier caso, no puede prestarse de forma genérica, pero sí concederse para una pluralidad de actos de igual naturaleza o referentes «a una misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad».

Por último, la curatela con facultades de representación sólo podrá adoptarse excepcionalmente para aquellos actos en los que la persona con discapacidad «no pueda determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella», ni aun con asistencia (art. 169-23)[242]. En tales actos el curador decidirá «por» la persona con discapacidad, aunque necesitará bien la autorización de la Junta de Parientes o del Juez cuando así se haya dispuesto en su constitución o se trate de alguno de los actos enunciados en los artículos 14 a 16[243], bien su aprobación ulterior, de referirse a la división de un patrimonio o cosa común (art. 169-24, en relación con el art. 17). En cualquier caso, la concesión de tal autorización o, en su caso, aprobación no es automática, sino que se condiciona, en el artículo 169-25, a que concurran causas justificadas de utilidad o necesidad para el ejercicio de la capacidad jurídica y, además, a la preceptiva

función de asistir a la persona con discapacidad –diagnosticada de trastorno delirante y esquizofrenia paranoide, sin conciencia de su enfermedad e inobservancia de tratamiento médico, y sin parientes–, no sin su voluntad en contra, en lo relativo a su tratamiento médico y gestión de su patrimonio.

240 No obstante, con Arbués Aísa, 2024, p. 180, no cabe descartar la posible intervención judicial *ex* artículo 45-9 CDFA, en caso de que la falta de asistencia resulte perjudicial o abusiva para la persona con discapacidad.

241 Como precisa Arbués Aísa, 2024, p. 179, no se trata de una presencia testimonial o meramente pasiva.

242 *A priori* podría dudarse de la posibilidad de constituir una curatela representativa general, a tenor de lo dispuesto en el artículo 169-32 CDFA («aquellos actos»). No obstante, la denominación «curador con facultades de representación» que le da título permiten descartar esta primera lectura, más allá de que considere que tal curatela debe reservarse muy excepcionalmente a aquellas personas que no puedan de modo alguno formar su voluntad o expresarla. Coincide en esta interpretación Arbués Aísa, 2024, p. 180.

243 Tales actos, que son los mismos para los cuales los representantes legales del menor de catorce años –ya sean sus progenitores titulares de la autoridad familiar o su tutor– necesitan autorización de la Junta de Parientes o del Juez son actos referidos a la aceptación o rechazo de atribuciones gratuitas (art. 14), ciertos actos de disposición (art. 15) y los específicos del tutor del menor que, por remisión, también son aplicables al curador con facultades representativas (art. 16).

audiencia del Ministerio fiscal, de ser judicial. El mismo precepto excluye las autorizaciones o aprobaciones genéricas, especificando que habrá de otorgarse para un acto concreto o, en su caso, una pluralidad de actos de igual naturaleza o referentes a «la misma empresa o explotación económica, actividad o sociedad» cuyas circunstancias fundamentales habrá de especificarse.

Como novedad respecto del régimen anterior se le atribuye carácter esencialmente revisable[244], habiéndose adoptado al respecto una solución parcialmente coincidente prevista en el artículo 268.2 CC, como ya se ha indicado. Así, el artículo 169-18 CDFA se refiere a la necesaria revisión de la curatela cada tres años o, en su caso, en el plazo superior que determine excepcional y motivadamente el Juez, pero habiéndose prescindido finalmente del límite temporal de los seis años recogido en la norma estatal.

Por añadidura, se le confiere carácter supletorio[245]. En particular, respecto del mandato de apoyo, toda vez que, sólo cuando éste resulte insuficiente, inadecuado o no se esté ejecutando eficazmente, el Juez podrá constituir la curatela (art. 169-7 CDFA, al que se remite el art. 169-16.2). Lo mismo puede decirse, en principio, respecto de la guarda de hecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 169-16.1 CDFA («podrá constituirse la curatela cuando la persona con discapacidad carezca de […] guardador de hecho que le preste los apoyos precisos»). No obstante, aun existiendo esta medida de apoyo, se ha previsto la posible constitución de la curatela a instancia de la persona con discapacidad, el propio guardador o el Ministerio Fiscal (art. 169-16.3, en relación con el art. 169-10.3 CDFA).

En todo caso, el nombramiento del curador, al igual que el del tutor de los menores, se sigue reservando al Juez, no así su toma de posesión que, de modo coherente con la legislación procesal, se atribuye al Letrado de la Administración de Justicia (art. 104 CDFA). El procedimiento a seguir será el de provisión de medidas judiciales de apoyo regulado en la legislación procesal (arts. 42 bis.a ss. LJV y 756 ss. LEC), aplicable a tal efecto. Ello no obsta para que el legislador aragonés, haciendo uso de la limitada competencia en materia procesal que le reconoce el artículo 159.1.6.ª CE, haya incluido entre los legitimados para instar el proceso a las «personas físicas o jurídicas que le viniesen prestando apoyo», de ser otras diferentes a las enunciadas en el artículo 169-15 CDFA, coincidente, por lo demás, con la legislación procesal (vid. arts. 42 bis.a LJV y art. 757 LEC).

---

[244] Hago mía la expresión acuñada por Pereña Vicente, 2022a, p. 126, para la curatela del CC.

[245] Coincide en esta apreciación Arbués Aísa, 2024, p. 178.

Distinta del nombramiento es la delación o designación para el nombramiento, a la que ahora se refiere el artículo 103 CDFA, restringiendo, por lo que hace a los adultos con discapacidad, los modos de delación a la voluntaria y dativa, en un planteamiento coincidente con el Derecho estatal (art. 276 CC). Por su parte, la delación legal ha quedado circunscrita a los menores declarados en desamparo, desde el momento en que los adultos con discapacidad dejan de estar sujetos a tutela administrativa[246].

De este modo, en caso de haber otorgado disposiciones voluntarias sobre la curatela, la designación o propuesta de la persona o personas que hayan de ejercerla procederá del propio interesado o de sus progenitores y, por ende, tendrá carácter voluntario, debiendo ser respetada, en principio, por el Juez cuando constituya la curatela (arts. 113.1, 116.1 y 2 y 119 CDFA). Así sucede, igualmente, en Derecho estatal, si bien sólo con referencia a la autocuratela (arts. 272 y 276.1 CC).

Por su parte, la delación dativa mantiene sus notas de supletoriedad y complementariedad respecto de la delación voluntaria (arts. 103.2 y 120 CDFA). De ello resulta que sólo corresponde al Juez la designación o elección del curador en caso de inexistencia de disposición voluntaria o, en caso de existir, si carece de validez –p.e. por no cumplir los requisitos de forma o aptitud exigidos legalmente– o de eficacia –p.e. cuando el progenitor que haya hecho la delación voluntaria a favor de un tercero sea nombrado curador por «poder ocuparse» de su hijo con discapacidad–.

---

[246] No obstante, por lo que hace a los mayores con discapacidad, se ha incorporado un precepto al CDFA, el artículo 45-8, que habilita a la Administración para prestarles apoyo tanto en aquellas situaciones que califica de «necesidad urgente de apoyo» como en aquellas otras «de riesgo o desamparo».

De este modo, en caso de darse una situación de «necesidad urgente de apoyo», ya sea porque la persona con discapacidad carezca de medidas de apoyo –incluida la guarda de hecho– o porque por quien haya de prestarlas no pueda hacerlo con la premura exigida, su aptdo. 1.º adopta una fórmula muy similar a la incluida en el artículo 253 CC por la reforma de 2021, dando entrada a una nueva figura de apoyo provisional –paralela a la guarda administrativa provisional prevista para los menores en el artículo 157 CDFA– a dispensar por la entidad pública que tenga encomendada la función de autonomía y promoción de las personas con discapacidad. En cualquier caso, se impone a la entidad pública la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal tal medida en el plazo de cuarenta y ocho horas, que no veinticuatro como prevé la norma estatal.

Pero, junto a ello y desvinculándose del tenor del artículo 253 CC, en el apdo. 2.º se hace referencia a la posible situación de «riesgo o desamparo» en que pueda encontrarse un mayor con discapacidad para atribuir a la Administración la competencia en orden a la adopción de las medidas oportunas en orden a facilitarle la ayuda adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluidas las medidas de apoyo que precise. Como se hizo constar en el acta núm. 289, de 9 noviembre 2022, de la Comisión aragonesa de Derecho Civil, con esta previsión tan genérica se ha pretendido posibilitar *ad futurum* una regulación *ad hoc* sobre la materia si el legislador aragonés lo considera oportuno a fin de dar respuesta específica a aquellas situaciones de falta potencial o real de apoyos, en que pueden encontrarse ciertas personas con discapacidad. Ello no obsta para que personalmente considere que el ámbito propio de estos conceptos es el de protección de menores y al mismo deba restringirse.

Cuando la delación voluntaria sea parcial o incompleta, la función del Juez se limitará a complementarla, p.e. determinar sus funciones y/o establecer órganos de fiscalización. A partir de ahí, en un planteamiento parcialmente coincidente con el estatal (art. 276.2 CC)[247], el artículo 121.3 CDFA no impone propiamente un orden de preferencia, sino un amplio listado de elegibles, entre los cuales se faculta al juez para designar a quien estime «más idóneo»[248]. Tal listado, muy amplio, se integra por las siguientes personas[249]: el cónyuge o pareja de hecho, los progenitores[250], el guardador de hecho, el hijo o descendiente mayor de edad –de ser varios, se atribuye preferencia al que conviva con la persona con discapacidad–[251], la persona que haya sugerido el cónyuge o la pareja conviviente en documento público[252], los padrastros, abuelos o hermanos mayores de edad, así como otros parientes y allegados, y la persona jurídica que cumpla los requisitos del artículo 123.2.

En cualquier caso, ya sea la delación voluntaria o dativa, el CDFA sigue contemplando la posibilidad de que se designe una pluralidad de curadores. Ello está pensado fundamentalmente a los efectos de desglosar los apoyos vinculados al ámbito personal de

---

[247] La solución adoptada en Derecho estatal, algo divergente, pasa por fijar un orden legal de preferencia en el artículo 276.2 CC, para después permitir al Juez alterarlo conforme a la voluntad de la persona con discapacidad, a la que habrá de dar audiencia. Si no resulta clara esta voluntad, el Juez también podrá alterar el orden legal, si bien con el único objeto de elegir entre las personas allí mencionadas a la que considere más idónea para «comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias», lo que *a priori* no deja de parecerme complicado, en atención a la premisa de que parte tal previsión –la falta de claridad en la voluntad–.

[248] Como aclara Arbués Aísa, 2024, p. 170.

[249] Tal listado viene a coincidir con el previsto en el artículo 276.2 CC, no sin alguna divergencia. En particular, en el artículo 121.3 CDFA sólo se exige la convivencia a los descendientes, se hace mención expresa a los padrastros, abuelos y hermanos mayores por su condición de titulares de la autoridad familiar y se incluye una referencia específica a la entidad pública con el propósito de precisar su habilitación en el elenco de las personas susceptibles de ser nombradas curadoras.

[250] Aunque el precepto se refiera a los progenitores en plural, no cabe descartar, sin embargo, que el Juez nombre curador sólo a uno de progenitores, «cuando se aprecie que el ejercicio de la curatela conjunta puede convertirse en un semillero de problemas». Así, lo interpretó con buen criterio, antes de la reforma, la SAP de Zaragoza núm. 306 de 11 de junio de 2013, en un supuesto de ruptura matrimonial muy conflictiva en el que la madre se hizo cargo del cuidado del hijo con discapacidad.

[251] A tales efectos el requisito de la convivencia se revela esencial, pues –como advierte Vivas Tesón, 2022, p. 514– solo dicha proximidad cotidiana permite garantizar que quien va a desempeñar la curatela conoce el recorrido vital de quien necesita su apoyo. Ahora bien, de no darse tal convivencia con ninguno de los hijos, entiendo que habrá de acudirse subsidiariamente el criterio de la idoneidad, tal y como prevé el propio artículo 121.3 CDFA y, por lo demás, postuló la jurisprudencia menor con anterioridad a la reforma (SSAP de Zaragoza núm. 122 de 6 de marzo de 2013 y núm. 208 de 17 de abril de 2018.

[252] Entiéndase, con base en el artículo 113.2 CDFA, siempre que el propio interesado haya delegado en su cónyuge o pareja de hecho su facultad de elegir curador y dentro de las personas previamente seleccionadas por aquel. Coincide en esta interpretación Represa Polo, 2022, p. 347, en relación al artículo 276.2.4.º CC.

los relativos al ámbito patrimonial, pero también se permite la designación de varios curadores para que actúen conjunta o solidariamente, o aun sucesivamente (art. 117, referido a la delación voluntaria). En este punto, se han fijado unas reglas de funcionamiento para esta curatela plural, en vez de dejar esta cuestión al arbitrio judicial, como, sin embargo, ha sucedido en Derecho estatal (art. 277.2 CC)[253]. Tales reglas, enunciadas en el artículo 169-26, son las siguientes: 1.ª De haberse establecido una curatela mancomunada, las posibles divergencias entre los curadores se resolverán acudiendo la Junta de Parientes o el Juez, salvo que sean reiteradas, en cuyo caso este último podrá modificar la curatela temporalmente, redistribuyendo las funciones. 2.ª De haberse nombrado curadores distintos para la persona y los bienes, ambos mantienen su ámbito de actuación independiente, pero el segundo habrá de proporcionar al primero los recursos necesarios para el cumplimiento de su función. 3.ª De cesar uno de los curadores, habrá de designarse uno nuevo, salvo que se ha previsto judicialmente otra solución.

También las normas atinentes al ejercicio de la curatela han sido objeto de una profunda revisión, fundamentalmente al objeto de su debida adaptación a los postulados de la Convención NU de 2006.

Cierto que permanecen inalterados los derechos económicos reconocidos a los curadores, esto es, el derecho a ser reembolsados de los gastos generados de su ejercicio, el de ser indemnizados por los daños sufridos sin su culpa en su ejercicio y el de ser remunerados, en su caso, por su desempeño (arts. 108 y 109). E igualmente el régimen de responsabilidad por los posibles daños que causen a la persona con discapacidad por su actuación negligente (art. 110)[254].

Además, como consecuencia de su ampliación de funciones, los curadores han quedado sujetos a las obligaciones de los antiguos tutores de los incapacitados relativas a la prestación de fianza y la formalización de inventario. En particular, el artículo 106 CDFA reproduce las previsiones del régimen anterior acerca de la posible exigencia, ahora al curador, de constituir fianza por parte de la Junta de Parientes o el Juez, pero sólo si concurren «razones excepcionales», como también matiza el artículo 284 CC. De cualquier modo, el término «fianza» no parece que deba interpretarse en el sentido estricto del artículo 1822 CC relativo al contrato de

[253] Coincide la doctrina en interpretar que el artículo 277.2 CC deja libertad al Juez para que establezca el régimen de funcionamiento que estime pertinente, si bien respetando la voluntad del necesitado de apoyo (Munar Bernat, *RDC*, 2018, p. 136; De Salas Murillo, 2021, p. 756; Ammerman Yebra, 2022; y Platero Alcón, *RJN*, 2024, p. 264).

[254] Tales preceptos tienen su concordancia en los artículos 281.1 y 2 y 294 CC.

fianza, sino en el sentido más amplio de garantía o caución real o personal que asegure el cumplimiento de las obligaciones del curador, tanto las de índole personal como las de carácter patrimonial[255]. Corrobora esta afirmación la previsión contenida en el mismo artículo 106 acerca de la necesaria determinación de «la modalidad y cuantía de la fianza» por parte del Juez o, en su caso, la Junta de Parientes de estar constituida. Por lo demás, la fianza puede exigirse, en principio, a cualquier persona o personas que sean nombradas curadoras. No obstante, como excepción a esta regla se excluye del deber de prestar fianza a las personas jurídicas públicas. Ello sin olvidar que tal deber es susceptible de exclusión en virtud de disposición voluntaria *ex* artículo 114.1.e CDFA.

Como obligación adicional, el artículo 107 CDFA –de modo coincidente con el artículo 285 CC– impone exclusivamente al curador que preste apoyos representativos la formalización de inventario del patrimonio de la persona con discapacidad, en aras de su debida indemnidad. Tal restricción se encuentra plenamente justificada desde el momento en que sólo la curatela con facultades de representación va a permitir al curador gestionar –ya sea total o parcialmente en función de las concretas facultades que le hayan sido atribuidas por el Juez y siempre que estas sean de índole patrimonial–[256] el patrimonio de persona con discapacidad en su nombre y, por tanto, supliendo su voluntad. En cambio, cuando la curatela sea de acompañamiento y/o asistencial, de la gestión de su patrimonio se encargará la propia persona con discapacidad con los apoyos que pueda necesitar, ya sean la mera comunicación y/o comprensión (art. 169-20) o la asistencia (art. 169-21) [257]. En cuanto a su modo y plazo de formalización se aprecian ciertas discordancias respecto de la norma estatal. El CDFA permite así acudir tanto a la forma judicial –ante el Letrado de la Administración de Justicia, de modo coherente con el artículo 47 LJV– como a la

[255] Coinciden en esta interpretación en relación al artículo 284 CC Guilarte Martín-Calero, 2021, p. 781; y Represa Polo, 2022, p. 328. A partir de ahí, me permito discrepar de Munar Bernat, *RDC,* 2018, p. 143; y Guilarte Martín-Calero, *Idem*, cuando cuestionan la exigencia de fianza tratándose de una curatela estrictamente personal. Y es que, a mi juicio, desde el momento en que tanto en el CC como en el CDFA se hace responsable al curador de los posibles daños de cualquier tipo que pueda provocar a la persona con discapacidad por su actuación negligente, no está de más garantizar el deber de indemnización si así lo estima conveniente la Junta de Parientes o el Juez por concurrir razones excepcionales.

[256] Coincido aquí con Guilarte martín-Calero, 2021, p. 783, cuando sostiene, en relación al artículo 284 CC, que la obligación de formalizar el inventario tiene sentido cuando el curador tenga atribuidas facultades representativas en el ámbito patrimonial, que no en el personal.

[257] Hace una reflexión similar Gómez-Linacero Corraliza, *Práctica de Tribunales*, 2022, p. 2. Guilarte Martín-Calero, 2021, p. 784, se muestra, sin embargo, partidaria de la extensión de esta salvaguarda a la curatela asistencial.

notarial, esta última con intervención de la Junta de Parientes. Además, prescinde del plazo de sesenta días prorrogables fijado en el artículo 285 CC, para dejar su concreción al arbitrio del LAJ o Notario, en atención a las circunstancias concurrentes ya sea de la propia persona con discapacidad o del curador. Ambos cuerpos legales también divergen respecto a la exención de tal obligación a los progenitores, que el artículo 169-28 CDFA permite. Resultan, en cambio, coincidentes los extremos relativos, de una parte, a la inclusión en el inventario de los posibles derechos de crédito que el curador tenga contra la persona a quien preste apoyo, para evitar su renuncia tácita; y de otra, a la obligación de depositar aquellos bienes muebles más valiosos y documentos que, se decida, no queden en poder del curador.

Ahora bien, más allá de estas previsiones procedentes del sistema anterior, complementariamente se imponen al curador una serie de deberes en los que subyace la nueva visión de la discapacidad que late en la reforma[258]. En particular, el artículo 169-17 CDFA no sólo prevé, como el artículo 282.2 CC, que el curador mantendrá contacto personal con la persona a la que preste apoyo, sino que, además, dota de un contenido específico a tal obligación que califica de «permanente», indicando que se debe cumplir con un deber de visita al menos una vez al mes, o con la periodicidad que determine el Juez[259]. Esto sin olvidar los principios generales que rigen la prestación de apoyos, consagrados en los artículos 36 y 37 CDFA y ya referidos.

Por añadidura, el artículo 169-27 CDFA, inspirado en el artículo 283 CC, da solución a la posible existencia de impedimentos transitorios en el ejercicio de la curatela («para actuar en un caso concreto»). Según resulta de la lectura de dicho precepto, tratándose de una curatela plural y siempre que los curadores tengan las mismas funciones atribuidas, el apoyo habrá de prestarlo lógicamente aquél que no esté afectado por el impedimento. En otro caso, corresponderá prestar el apoyo a la Junta de Parientes o, en su caso, a un defensor judicial nombrado a tal efecto. Es más, si la Junta ha de actuar en representación de la persona sometida a curatela y el acto requiere autorización o aprobación, está habrá de ser judicial. Sólo en caso de que tal impedimento se prolongue o reitere en el tiempo, se faculta a la autoridad judicial bien a reorganizar el funcionamiento de curatela o a nombrar a un nuevo curador, a fin de garantizar a la persona con discapacidad el apoyo recurrente que

[258] Coincide en esta apreciación respecto de la curatela estatal Munar Bernat, *RDC,* 2018, pp. 141-142.

[259] Propugna una solución similar para el Derecho estatal Vivas Tesón, 2022, pp. 521-522.

necesita, habiéndose de nombrar entre tanto un defensor judicial para que le preste apoyo puntualmente, tal y como resulta de la dicción del artículo 129.b CDFA.

Un tratamiento especial se ha dispensado a los progenitores, en cuanto que se les dedica un precepto específico, el artículo 169-28 CDFA, que bajo la rúbrica «curatela por progenitores[260], a fin de exonerarles de ciertas obligaciones a que están sujetos los demás curadores, en particular, de las obligaciones de formalizar inventario y prestar información periódica. No así de la obligación de rendir la cuenta general de su gestión una vez cesen sus funciones. Por añadidura, se limita la exigencia de autorización o, en su caso, aprobación de la Junta de Parientes o el Juez «para los actos en que la requerirían si el hijo fuera menor de edad», expresión esta no demasiado precisa que creo debe interpretarse en el sentido de que, cuando los progenitores hayan sido nombrados curadores con facultades representativas, requerirán tal presupuesto de validez sólo para llevar a cabo aquellos actos en que la necesitarían si el hijo fuese menor de catorce años y estuviese bajo su autoridad familiar, esto es, los enunciados en los artículos 14, 15 y 17; no así, en cambio, los previstos en el artículo 16 en cuanto vienen referidos exclusivamente al tutor. En contrapartida, su curatela no podrá ser remunerada. Con todo, en atención a las circunstancias concurrentes, se faculta al Juez, a la hora de constituir la curatela, a modificar o, incluso, excluir la aplicación de este régimen especial, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o el propio interesado. Por añadidura, el mismo precepto contempla la posibilidad de extender este régimen especial a otros familiares próximos –en particular, al cónyuge o conviviente, descendiente o hermano nombrado curador–, pero sólo si así lo decide el Juez, de existir circunstancias que lo justifiquen y previa audiencia del Ministerio Fiscal. Con tales previsiones se ha pretendido, como consta en el propio Preámbulo de la Ley 3/2024, «poner en valor el apoyo desinteresado que los progenitores, a lo largo de toda su vida, prestan a sus hijos con discapacidad» y, por lo que hace a los demás familiares enunciados, facilitarles el ejercicio de la curatela siempre que esté debidamente justificado.

El régimen de la curatela del CDFA se cierra con un precepto de nuevo cuño, el artículo 169-29 que, inspirado en el artículo 291 CC, se dirige a fijar las causas específicas de extinción de la curatela. De su lectura resulta que la curatela se extingue ya sea

[260] Nótese que esta opción legislativa ha sido acogida muy favorablemente por los operadores jurídicos: Barreda Hernández, *ADA*, 2024, p. 18; y Gil Galindo, *ADA*, 2024, p. 15. Una solución similar propugna para Derecho estatal Guilarte Martín-Calero, 2022, p. 783.

automáticamente por la muerte –o, añádese, la declaración de fallecimiento–[261] de la persona con discapacidad o bien, cuando ya no sea precisa o se adopte otra medida de apoyo más adecuada[262], en cuyo caso hará falta una resolución judicial *ad hoc*. Esta segunda causa, que responde a los nuevos principios rectores de las medidas de apoyo –en particular, a los de necesidad, proporcionalidad y temporalidad–, debe ponerse en relación con el artículo 169-18, relativo a la necesaria revisión de las curatelas cada tres años o, en su caso, en el plazo superior que determine el Juez.

De cualquier modo, una vez extinguida la curatela por cualquiera de las causas enunciadas o, incluso, en caso de cesar el curador en sus funciones con anterioridad, el artículo 169-30 le impone la obligación de rendir la cuenta general de su actuación, siempre que haya prestado apoyo asistencial y/o representativo, a la par que se remite a los artículos 142 a 144 CDFA, en sede de tutela de menores, en lo que hace a su régimen jurídico. De tal remisión resulta, de modo coincidente con el CC (arts. 292 y 293) que el curador habrá de presentar la rendición de la cuenta general en el plazo de tres meses prorrogables por el tiempo necesario si concurre justa causa. De no rendirla voluntariamente, la acción para exigirla está sujeta a un plazo de prescripción de tres años –y, por tanto, más breve que el previsto en Derecho estatal–, a contar desde la terminación del plazo establecido para efectuarla. La rendición de cuentas debe hacerse ante la autoridad judicial, a quien corresponde su aprobación o no. El procedimiento para esta aprobación debe sustanciarse por los trámites de la jurisdicción voluntaria *ex* artículo 51 LJV, en el cual habrá de darse audiencia a la persona que hubiera estado sujeta a curatela o, de haber fallecido, a sus herederos, así como a su nuevo curador. En caso de ser aprobada la cuenta general, dicha aprobación no impedirá el ejercicio de las acciones que, por razón de la curatela, pueden corresponder entre sí al curador y la persona a quien prestaba apoyo o, en su caso, a sus causahabientes respectivos. En particular, la persona que recibía el apoyo podrá ejercitar la acción de indemnización por los daños sufridos por la actuación negligente del curador (art. 110). Por su parte, este podrá ejercitar la acción de reembolso de los gastos derivados del desempeño de la curatela (art. 108.1), la de

[261] Coincide en esta interpretación Arbués Aísa, 2024a, p. 183.

[262] La expresión «otra medida apoyo más adecuada», extrapolada con mínimas variantes del artículo 291 CC, entiendo que, por lo que hace al sistema aragonés de apoyos, debe interpretarse en el sentido de una curatela de diferente contenido al inicialmente acuñado en el momento de su constitución; no, así en cambio, al defensor judicial, desde el momento en que la Ley 3/2024 ha renunciado a atribuirle el papel de medida autónoma de apoyo a operar de modo «ocasional y recurrente», como, sin embargo, ha hecho el legislador estatal (arts. 250.6 y 295.5.º CC).

indemnización por los daños y perjuicios sufridos en su ejercicio (art. 108.2) y la del abono de su remuneración (art. 109). El saldo resultante de la cuenta aprobada devengará intereses legales, ya sea a favor o en contra del curador. En concreto, si es a favor del curador, desde que la persona que recibió su apoyo o, en su caso, sus herederos sean requeridos de pago, siempre que previamente el curador le haya restituido los bienes que estuviesen en su poder; en cambio, si en contra del curador, desde la aprobación de la cuenta general. En todo caso, los gastos derivados de la rendición de cuentas serán a cargo de la persona sometida a curatela.

2. EL DEFENSOR JUDICIAL COMO MEDIDA JUDICIAL DE APOYO PUNTUAL Y SUPLETORIO

El sistema aragonés de apoyos a las personas con discapacidad incluye, como el estatal, una segunda medida judicial como es el defensor judicial, asignándole el papel de prestar apoyo puntual a las personas con discapacidad en suplencia de quienes lo estén prestando habitualmente. Dicha figura conserva así rasgos característicos, tal y como fueron pergeñados por la LDp al constituirse como institución tutelar de menores e incapacitados, esto es: de una parte, la transitoriedad, en cuanto la intervención del defensor se reserva para un asunto concreto; y de otra, la supletoriedad, por cuanto viene a sustituir temporalmente a quien corresponde el ejercicio habitual de la función de apoyo[263]. Sí, en cambio, ha visto alterada su naturaleza jurídica, habiéndose convertido en una figura dual a la que el CDFA atribuye, al igual que el CC, la doble función de medida de apoyo e instrumento de protección, según su destinatario sea un adulto con discapacidad o un menor de edad[264].

No se ha implementado, sin embargo, la solución estatal de asignarle adicionalmente, por lo que hace a las personas con discapacidad, el papel de medida autónoma de apoyo[265] a operar de

[263] Los mismos rasgos identificaban al defensor judicial, tal y como se articulaba en el CC antes de la reforma de 2021, como hacen constar Moreno Martínez, *RDP*, 2018, p. 56; Toral Lara, 2022, p. 300; y Blandino Garrido, 2024, pp. 45-46.

[264] De desdoblamiento de la figura habla, por lo que hace a la regulación estatal, Blandino Garrido, 2024, p. 47.

[265] De acuerdo con Moreno Martínez, *RDP,* 2018, pp. 45 y 53; Álvarez Lata, 2021, pp. 833 y 839-842; Martín Azcano, 2022, p. 293; Toral Lara, 2022, pp. 300, 306 y 322; y Blandino Garrido, 2024, pp. 48 y 193. Con todo, no parece que este nuevo rol asignado al defensor judicial haya calado de momento en la jurisprudencia, siendo más proclive el Tribunal Supremo a acudir a la curatela, aun cuando la persona con discapacidad no necesite un apoyo tan intenso. Y aquí estoy pensando en la STS núm. 589 de 8 septiembre 2021 que sometió a curatela –en principio, asistencial, pero sin descartar la representación en defecto de colaboración por parte de su destinatario–, a una persona que padecía un síndrome de Diógenes que le condicionaba exclusivamente en el cuidado

modo «ocasional y recurrente» (arts. 250.6 y 295.5.º CC), tratando de mantener inalterado su perfil distintivo[266]. Sin dejar de compartir esta opción de política legislativa, quizá hubiese oportuno introducir una figura complementaria para desempeñar este cometido específico, al estilo de la *administración de apoyo* (arts. 404 a 412 CC italiano) o la *salvaguarda de justicia* (arts. 433 a 439 CC francés). Con todo, en los términos tan flexibles como se configura la curatela en el CDFA, creo que puede defenderse que en el sistema aragonés de apoyos dicha función podrá desempeñarla un curador nombrado a tal efecto, esto es, para actuar de manera intermitente, a la par que reiterada[267]. Ello siempre que la persona con discapacidad carezca de mandatario de apoyo o guardador de hecho que le preste ese concreto apoyo o, aun existiendo guarda de hecho, si así lo solicita bien el propio guardador, bien el Ministerio Fiscal o la propia persona con discapacidad (art. 169-16 CDFA).

En un planteamiento también divergente al estatal, en el Código foral aragonés se ha prescindido de desdoblar su régimen jurídico según opere como institución tutelar de menores o medida de apoyo de personas con discapacidad, como así ha sucedido en el Código civil (arts. 235 y 236, y arts. 295 a 298, respectivamente), al objeto de evitar duplicidades innecesarias. El legislador aragonés ha optado, en su lugar, por dispensar al defensor judicial un tratamiento unitario, dedicando un mismo precepto a los supuestos en que se le da entrada para prestar protección a los menores o, en su caso, apoyo a las personas con discapacidad (art. 129) y complementariamente para dar unas pautas en orden a su nombramiento (art. 129-1) y concretar su régimen jurídico (art. 129-2). Ello no obsta, evidentemente, a que sus principios de actuación sean diferentes según opere como instrumento de protección de menores o como medida de apoyo, sin necesidad de que se haga constar expresamente, como así ha sucedido en el Código civil (arts. 236 y 297).

En concreto, por lo que hace a su papel como medida de apoyo, el artículo 129 CDFA prevé su aplicación en tres supuestos claramente delimitados, dos de ellos provenientes del régimen anterior.

---

de su higiene y salubridad de su domicilio con riesgo para la salubridad de sus vecinos, cuando considero –como De Amunategui Rodríguez, *Blog Hay Derecho*, 2021–, que hubiera sido más respetuoso con el principio de proporcionalidad nombrarle un defensor judicial, siendo que necesitaba un apoyo recurrente, pero no continuado. En fechas más recientes el Tribunal Supremo ha ratificado esta doctrina en virtud de su Sentencia núm. 1188 de 24 septiembre 2024, aunque ciertamente la demandante estaba diagnosticada de trastorno bipolar y de conducta con dependencia de alcohol lo que requería adicionalmente una supervisión de su tratamiento médico.

[266] Lo que, sin embargo, ha sucedido progresivamente en Derecho estatal, como advierten Moreno Martínez, *RDP,* 2018, p. 45; y Blandino Garrido, 2024, p. 72.

[267] Coincide en esta lectura Arbués Aísa, 2024a, p. 178.

Así, se sigue contemplando, en primer lugar, su nombramiento cuando exista oposición de intereses en algún asunto concreto entre la persona con discapacidad y «quienes lo representen o asistan» (art. 129.a)[268]. Tal previsión debe completarse con el artículo 42.1 que establece las reglas aplicables a la oposición de intereses entre la persona con discapacidad y quien «haya de prestarle apoyo asistencial o representativo». De dicho precepto resulta que, sólo cuando la oposición de intereses exista con todas[269] o, en su caso, con la única persona que deba prestarle el apoyo –según se trate de un apoyo plural o unipersonal–, habrá de nombrarse un defensor judicial y ello siempre que no se haya constituido la Junta de Parientes. De no constituirse la Junta o no procederse al nombramiento del defensor, el acto realizado por la persona con discapacidad con el apoyo de quien se lo presta habitualmente, existiendo oposición de intereses entre ambos, adolecerá de anulabilidad *ex* artículo 45-2.2. Es más, tal presupuesto se configura con carácter imperativo, sin que puede eludirse en virtud de disposición voluntaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 114.2, 2.ª parte.

Por añadidura, el mismo artículo 42 en su apartado 2.º contempla la hipótesis de que concurran en un mismo acto varias personas con discapacidad con intereses contrapuestos que hayan de recibir apoyo de la misma persona –piénsese p.e. en unos hermanos bajo la curatela de un mismo progenitor– para establecer en tal caso el nombramiento de un defensor judicial para cada uno de ellos.

No clarifica el Código foral lo que debe entenderse por «oposición de intereses», por lo que, al objeto de su debida delimitación, entiendo que puede extrapolarse la consolidada jurisprudencia sobre la situación equivalente de «conflicto de interés» contemplada en el Código civil e, igualmente, carente de definición legal[270]. De ello resulta que sólo podrá considerarse existente tal oposición cuando los intereses de la persona con discapacidad y los de quién ha de prestarle apoyo sean opuestos o contrarios en un asunto determinado, de tal manera que el beneficio de éste

[268] En términos similares, que no totalmente coincidentes se expresa el artículo 295.2.ª CC. Así, dicho precepto se refiere a la existencia de «conflictos de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo».

[269] La misma solución resulta en Derecho estatal a tenor de lo dispuesto en el artículo 296 CC, aunque, como advierte Toral Lara, 2022, p. 307, ya no es necesario que la imposibilidad de actuación por parte de quienes prestan los apoyos se derive de la existencia de un conflicto de intereses. El artículo 283 CC concreta esta previsión respecto de la curatela plural, para establecer que, si los curadores tienen funciones homogéneas, serán asumidas por el curador no afectado ya sea por el impedimento o el conflicto de intereses. De no ser homogéneas, procederá el nombramiento de un defensor judicial, si bien sus funciones se limitarán a las del curador afectado por el impedimento o el conflicto de interés (Toral Lara, 2022, pp. 308 y 311).

[270] Entre otras, SSTS núm. 21 de 17 enero 2003, núm. 363 de 17 mayo 2004, núm. 339 de 5 junio 2012 y núm. 441 de 30 junio 2016.

implique un perjuicio para aquel. Por añadidura, según matiza la doctrina más autorizada, tal oposición de intereses debe ser real, no meramente probable o futura y no necesariamente de tal entidad que haga a la persona inhábil para prestar el apoyo[271]. En cualquier caso, en los términos tan amplios en que se expresa el artículo 129.a CDFA –«algún asunto»– la oposición de intereses puede plantearse en asuntos de índole patrimonial –lo más habitual– o personal[272].

Como segunda hipótesis de nombramiento de defensor judicial, el artículo 129.b se refiere a la falta de desempeño de sus funciones por parte del «mandatario de apoyo o curador», cualquiera que sea la causa[273]. Según resulta, igualmente, de dicho precepto, tal imposibilidad de apoyo podrá ser meramente puntual o definitiva, debiendo intervenir el defensor judicial en la primera hipótesis hasta que cese la causa que la ha generado y en la segunda hasta que se designe por «resolución firme a otra persona para su ejercicio» –entiéndase, un curador–[274]. Como aplicación específica de esta regla, el artículo 169-27 CDFA ya referido contempla la situación de «impedimento transitorio para actuar en un caso concreto» por parte del curador –ya sea único o, tratándose de una curatela plural, cuando los demás curadores tengan distintas funciones–,

---

271 De acuerdo con Moreno Martínez, *RDP*, 2018, p. 58.

272 En particular, con anterioridad a la reforma aragonesa de 2024 la jurisprudencia identificó la existencia de oposición de intereses en las compraventas de bienes de personas con discapacidad en las que su tutor –ahora curador con facultades con representación– además de comparecer en su propio nombre como comprador, intervino en representación de aquellos (SAP de Teruel núm. 14 de 29 abril 2015). Ahora bien, no cabe descartar su existencia en otros supuestos tales como la liquidación del consorcio conyugal entre el cónyuge supérstite y los hijos, cuando alguno de ellos se trate de una persona con discapacidad y lo represente el viudo y, por añadidura, existan dudas sobre el carácter común o privativo de algunos bienes; cuando se proceda a la transformación del usufructo vidual en virtud de pacto entre el viudo usufructuario y los nudos propietarios, siendo éstos personas con discapacidad y, por añadidura, encontrándose representados o, en su caso, asistidos por aquél; y en el ejercicio de acciones de filiación, bien cuando el progenitor que impugna la filiación es el representante legal del hijo con discapacidad, bien cuando un progenitor reclama la filiación y el otro se opone a la determinación a la par que le corresponde la representación legal del hijo (STS núm. 441 de 30 junio 2016).

273 Este supuesto se encuentra previsto en el artículo 295.1.1.º CC, si bien su formulación adolece de menor precisión técnica, a saber: «cuando, por cualquier causa, *quien haya de prestar el apoyo no pueda hacerlo*, hasta que cese la causa determinante o *se designe* a otra persona» (en cursiva las expresiones divergentes con la norma aragonesa). En particular, nótese que el CC, en los términos en que se expresa («no pueda hacerlo»), parece circunscribir el nombramiento de defensor judicial al supuesto de falta de desempeño involuntario de sus funciones de apoyo por quien «haya» de prestarlo, expresión esta última que también genera importantes dudas interpretativas sobre su alcance. Con todo, la doctrina (Alvárez Lata, 2021, p. 834; Martín Azcano, 2022, p. 288; y Blandino Garrido, 2024, p. 218) propone una lectura correctora de dicho precepto en el sentido de considerar, asimismo, incluidas las situaciones de falta de desempeño voluntario o negligente. Por añadidura, quizá hubiese sido oportuno precisar la expresión «se designe a otra persona» en aras de una mayor claridad interpretativa.

274 No así un mandatario de apoyo, habida cuenta que el CDFA ha optado por regular exclusivamente el mandato de futuro, no así el de presente (*vid.* art. 168).

para en tal caso atribuir la prestación del apoyo a la Junta de Parientes o un defensor judicial nombrado a tal efecto. Si tal situación deviene reiterada o prolongada en el tiempo, la autoridad judicial podrá reorganizar el funcionamiento de curatela o proceder al nombramiento de un nuevo curador.

El legislador aragonés ha optado, en tercer lugar, por acoger la solución estatal (art. 295.1.4.º CC) de asignar al defensor judicial la función, hasta ahora conferida en el CDFA a un administrador judicial, de administrar cautelarmente los bienes de la persona con discapacidad durante la tramitación del proceso de provisión de medidas judiciales de apoyo y, además, sólo cuando lo estime necesario la autoridad judicial, p. e. en atención a la dimensión del patrimonio o la complejidad de su gestión[275] (art. 129.c CDFA). De ser así, a mi juicio, complementariamente habrán de determinarse los concretos apoyos, asistenciales o excepcionalmente representativos, a prestar por el defensor judicial en orden a la gestión provisional del patrimonio de la persona respecto de la cual se ha promovido la provisión judicial de medidas de apoyo, al objeto de que sean proporcionales y adecuados a sus concretas circunstancias, tal y como exige el artículo 36.2 CDFA. En cualquier caso, el término «administración» permite entender que quedan excluidos los actos dispositivos[276].

Por añadidura, junto a estos tres supuestos de actuación delimitados específicamente, el artículo 129.d se refiere a «todos los demás casos previstos en la ley». Se contiene así una remisión genérica y dinámica a la legislación aplicable en Aragón que contemple el posible nombramiento de un defensor judicial. Tal legislación, entiendo, que a tales efectos es estrictamente la legislación civil aragonesa *ex* artículo 1.2 CDFA, pero también la legislación procesal civil donde, como es sabido, esta figura ha experimentado en los últimos tiempos una importante ampliación de su ámbito de aplicación por la LJV (art. 27). Ciñéndonos al cuerpo legal aragonés, interesa reparar en su artículo 73.2 que, en relación al ejercicio de la autoridad familiar por un progenitor con discapacidad, prevé el nombramiento de defensor judicial, como alternativa a la constitución de la Junta de Parientes, en caso de desacuerdo entre el progenitor y quien le preste apoyo o cuando este no pueda prestarlo en orden a una decisión concreta[277]; el artículo 112.4, relativo a la

---

[275] Como matiza Martín Azcano, 2022, p. 291, respecto del artículo 295.1.4.º CC.

[276] Otra lectura de este término hace, sin embargo, Blandino Garrido, 2024, p. 227, en relación al artículo 295.1.4.º CC, dando entrada a los actos dispositivos.

[277] Dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 91 CDFA que, en su nueva redacción fruto de la reforma de 2024, excluye la discapacidad (antes «incapacitación») entre las circunstancias justificativas de la suspensión de la autoridad familiar, para referirse exclusivamente a la imposibilidad de ejercicio declarada judicialmente. En coherencia con lo anterior,

administración voluntaria, que contempla la designación de defensor judicial en caso de imposibilidad o cese de su actuación por parte del administrador nombrado por aquél que disponga de bienes a título gratuito a favor de persona con discapacidad provista de apoyo asistencial o representativo[278]; y el artículo 128.1 que faculta al Juez, durante la tramitación del proceso de excusa sobrevenida[279] o remoción[280], a suspender en sus funciones al «titular del cargo» –entiéndase, al curador *ex* artículos 125 y 126 CDFA– y a nombrar, entre tanto, un defensor judicial.

¿Qué concreto apoyo habrá de prestar el defensor judicial en cualquiera de los supuestos enunciados? Esta cuestión ha sido resuelta expresamente en el artículo 129 CDFA, refiriéndola –como hasta ahora– a la asistencia o, en su caso, la representación en la toma de decisiones («que represente o asista»); no así, en cambio, al apoyo en la comunicación y comprensión, que, como ya se ha indicado, constituye otra de las posibles funciones a desempeñar por las medidas de apoyo[281]. Con esta fórmula –sin duda, una reminiscen-

---

el artículo 73 CDFA atribuye el ejercicio de la autoridad familiar al progenitor con discapacidad por sí solo o con los apoyos que pueda necesitar, salvo en los casos de desacuerdo o imposibilidad, en los cuales habrá de decidir la Junta de Parientes o, en su caso, un defensor nombrado a tal efecto. Con estas previsiones el legislador aragonés ha pretendido dar respuesta explícita, a la par que respetuosa con el artículo 23.2 Convención NU de 2006, a la realidad de los progenitores con discapacidad y, sobre todo, garantizarles sus derechos y obligaciones en orden al cuidado de sus hijos. Por un planteamiento diferente, ha optado, sin embargo, el Derecho estatal, limitándose a atribuir el ejercicio de la patria potestad en exclusiva a uno de los progenitores en caso de «imposibilidad» del otro (art. 156.4 CC), pero omitiendo toda referencia a esta cuestión, en abierta vulneración del artículo 23.2 Convención *in fine,* relativo a la obligación de los Estados parte de «prestar la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos».

[278] La figura de la administración voluntaria se contempla, igualmente, en el artículo 252 CC, no sin ciertas divergencias respecto a la norma aragonesa. La primera y, en mi opinión, más importante radica en la indefinición en que incurre en orden a la persona beneficiaria de la disposición gratuita que, en su caso, quede sujeta a ese régimen especial de administración («persona necesitada de apoyo»). Junto a ello y, en lo que aquí interesa, la norma estatal no contempla el supuesto de que el administrador voluntario no pueda actuar o cese de sus funciones ni, por consiguiente, habilita al defensor judicial para intervenir en tal caso.

[279] Por una solución similar, que no totalmente coincidente, opta, para el Derecho estatal, el artículo 279.4 CC. Así, este precepto –en coherencia con lo dispuesto en el artículo 50.3 LJV– impone al curador la obligación de seguir ejerciendo su función mientras se tramita la excusa por el alegada y sólo para el caso de no cumplirla contempla el nombramiento de defensor judicial. Además, dispensa la misma solución a los supuestos tanto de excusa sobrevenida como originaria –como precisa Blandino Garrido, 2024, p. 223–, mientras que el artículo 128.1 CDFA se refiere exclusivamente a la tramitación de la excusa sobrevenida, existiendo así en la norma aragonesa un vacío legal respecto a las excusas originarias, a cumplimentar, entiendo, con las previsiones del precitado artículo de la LJV.

[280] La misma solución adopta, para el Derecho estatal, el artículo 278.3 CC.

[281] Nótese, sin embargo, la indefinición en que incurre al respecto el artículo 295 CC, en cuanto se refiere a los supuestos en que habrá de nombrarse el defensor judicial, pero sin especificar el concreto alcance de sus funciones de apoyo. A partir de ahí, la doctrina coincide en que el defensor judicial pueda desempeñar excepcionalmente funciones representativas, pero no tiene una única opinión acerca del alcance a dar a sus funciones de asistencia (*vid.* p. e. Toral Lara, 2022, p. 323-324 y 327; y Blandino Garrido, 2024, pp 166-167).

cia del régimen anterior, en cuanto identifica apoyo con complemento de capacidad–, el legislador aragonés ha pretendido blindar aquellos supuestos en que el apoyo se revela determinante a efectos de la validez del acto[282], pero no por ello creo que pueda descartarse que el defensor judicial desempeñe complementariamente una función de acompañamiento en los términos previstos por el artículo 35.1 CDFA, que –no se olvide– es de aplicación a todas las medidas de apoyo. En todo caso, el defensor judicial habrá de desempeñar sus funciones respetando los principios formulados en los artículos 36 y 37 CDFA para la prestación de los apoyos.

Otro aspecto que, sin embargo, no aborda con suficiente claridad la nueva regulación aragonesa –como tampoco la estatal[283]– es el relativo a las concretas medidas de apoyo preexistentes a las que está llamado a suplir el defensor judicial. Ello es así desde el momento en que la Ley 3/2024 ha renunciado, sin proponérselo, a adoptar una terminología uniforme a la hora de delimitar los diferentes supuestos en que procede el nombramiento de defensor judicial. Tal falta de uniformidad se manifiesta en el propio artículo 129, toda vez que en su letra a) utiliza la expresión genérica «quienes lo representen o asistan», mientras que en su letra b) se refiere específicamente a los «titulares de la (…) curatela o los mandatarios de apoyo». Pero también en otros preceptos en que se legitima su actuación, en concreto, el artículo 42.1 CDFA («quienes hayan de prestarle apoyo»), el artículo 73.2 («los apoyos establecidos o que pueda necesitar para ello») y el artículo 128.1 («el titular del cargo»). A tenor de lo dispuesto no podemos sino preguntarnos si el nombramiento de defensor judicial en Derecho aragonés está circunscrito a los casos que exista una medida de apoyo previamente establecida ya sea voluntaria –un mandato de apoyo– o judicial –una curatela– o, por el contrario, también es posible en el caso de la guarda de hecho. Aunque la cuestión se revele muy dudosa[284], creo que puede defenderse que la Ley 3/2024 ha pretendido atribuir al defensor judicial el papel de sustituir, no estrictamente al mandatario de apoyo o curador, sino, en general, a quienes prestan apoyo habitualmente a la persona con discapacidad, pudiendo incluirse también al guardador de hecho[285], ello fundamentalmente por dos motivos: primero, por la propia configuración de la guarda de hecho como una medida más de apoyo y, por

[282] Comparte esta apreciación Arbués Aísa, 2024b, p. 118.

[283] El artículo 295 CC utiliza la expresión «quien haya de prestar apoyo», sin mayor precisión.

[284] También manifiesta sus dudas al respecto Arbués Aísa, 2024b, p. 118.

[285] En lo que hace al Derecho estatal, coinciden en esta interpretación Martín Azcano, 2022, pp. 288-289; y Blandino Garrido, 2024, pp. 216-217.

añadidura, de carácter estable; y segundo, por la filosofía que subyace en la reforma de garantizar en todo momento a la persona con discapacidad las medidas de apoyo que pueda necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 34.3 CDFA).

El CDFA sí dedica un precepto específico a su nombramiento, el artículo 129-1, dirigido a clarificar la confusión existente al respecto en Derecho aragonés desde la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en 2015. Dicho precepto se remite así a la «legislación sobre jurisdicción voluntaria» –esto es, a los artículos 28 a 32 LJV–, de lo que resulta fundamentalmente la atribución de esta competencia ya no al Juez, sino al Letrado de Administración de Justicia, quien designará «a la persona que estime más idónea para el cargo», según precisa de modo parcialmente coincidente con el artículo 295.2 CC[286]. Esta última previsión debe entenderse en el sentido de que el Letrado, a la hora de designar defensor judicial, no estará vinculado a las pautas de la delación voluntaria ni al orden de preferencia que establece el artículo 121.2 CDFA para la delación dativa[287].

Por lo que respecta a su régimen jurídico, el artículo 129-2 CDFA, en su aptdo. 1, establece que la actuación del defensor judicial vendrá delimitada por «las atribuciones que le hayan concedido», entiéndase el Letrado de la Administración de Justicia en su nombramiento, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 30.2 LJV. A partir de ahí, las concretas atribuciones atribuidas al defensor judicial dependerán, obviamente, de la causa determinante de su nombramiento[288]. Así, en el caso de haber sido nombrado por existir oposición de intereses en algún asunto, su función, ya sea representativa o asistencial, se agotará en el concreto asunto para el que haya sido designado. En cambio, de haber sido designado por falta de ejercicio de sus funciones representativas o asistenciales por parte del curador o mandatario de apoyo, la actuación del defensor judicial se extenderá a todos los asuntos necesarios en que la persona con discapacidad deba ser asistida o, en su caso, representada, mientras cese la causa determinante de la inactividad de aquellos o se nombre otra persona para sustituirlos. Y lo mismo puede sostenerse respecto de los demás casos en que se prevé legalmente su nombramiento.

---

[286] Como señala Álvarez Lata, 2021, p. 844, con base en el artículo 295.2 CC, en el sistema estatal la idoneidad se mide exclusivamente por el parámetro de quien respete e interprete mejor la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. No sucede así en Derecho aragonés, toda vez que, en un planteamiento coherente con el artículo 37 CDFA, el artículo 129-1 se refiere a la idoneidad en general.

[287] En Derecho estatal coincide en esta apreciación Martín Azcano, 2022, p. 300.

[288] En Derecho estatal comparte esta opinión Martín Azcano, 2022, pp. 302-303.

Añade el artículo 129-2, en su aptdo. 2, que, si el acto en que haya de intervenir el defensor judicial en representación de la persona con discapacidad requiere autorización o aprobación de la Junta de Parientes o el Juez (vid. art. 169-24 CDFA), ésta se entenderá implícita en su nombramiento si el Letrado no dispone otra cosa[289]. En todo caso, una vez finalizada su gestión, el defensor judicial deberá dar cuenta de la misma, según dispone el artículo 129-2.1 *in fine* CDFA[290], de modo coherente con el artículo 32 LJV[291].

El artículo 129-2 se cierra con una remisión en su apdo. 3 –con las debidas adaptaciones derivadas de su singular naturaleza, según matiza– al régimen general de las medidas de apoyo en materia de vigilancia y control (art. 105 CDFA), inhabilidad, excusa y remoción (arts. 123 a 128 CDFA)[292].

VII. OTRAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS

Como se ha indicado *ab initio*, la Ley 3/2024 ha supuesto una profunda modificación del Derecho civil aragonés, conscientes sus autores que no podían limitarse a diseñar un nuevo régimen en materia de capacidad jurídica y su ejercicio, sino que, por añadidura, se imponía revisar todos aquellos preceptos que, vinculados a determinadas instituciones jurídicas de índole familiar y sucesoria, se referían a la incapacitación. A su examen se dedica este último epígrafe, siguiendo a tal fin la sistemática del CDFA que –recuérdese– regula

---

[289] Comparte esta interpretación del artículo 129-2.2 CDFA Arbués Aísa, 2024a, p. 176. Una solución diferente adopta el Derecho estatal. Así, coincido con Blandino Garrido, 2024, p. 188, cuando afirma, en relación al CC, que el defensor judicial que actúe en representación de la persona con discapacidad necesitará, en principio, autorización o aprobación judicial para realizar alguno de los actos para los que la requiere el curador (art. 287) o, en su caso, el guardador de hecho (art. 264.2), ello salvo que sea dispensado de dicho requisito en su nombramiento *ex* artículo 298.1 *in fine*.

[290] En cualquier caso, tal y como se ha configurado esta medida de apoyo en Derecho aragonés, entiendo que la rendición de cuentas por el defensor judicial no habrá de ser completa, a diferencia de la curatela. De hecho, el artículo 129-2.1 CDFA habla de «dar cuenta» de su gestión una vez concluida, no de rendir cuentas.

[291] En Derecho estatal impone la misma obligación al defensor judicial el artículo 298.2 CC. Por añadidura, dicho precepto prevé la posible dispensa de la venta en pública subasta al defensor judicial en su nombramiento y su sustitución por un precio mínimo; previsión está que no tiene correspondencia en Derecho aragonés, dado que en la reforma de 2024 se ha optado por prescindir de la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos de la persona con discapacidad (art. 169-25.3 CDFA).

[292] Las mismas previsiones rigen en Derecho estatal. Así, el artículo 297 CC, referido específicamente al defensor judicial de la persona con discapacidad, le hace extensiva la aplicación de «las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador». Por su parte, el artículo 249.4 CC, en sede de disposiciones generales sobre las medidas de apoyo y, por ende, aplicable al defensor judicial, faculta a la autoridad judicial para imponer medidas de salvaguarda y control.

los efectos de la ruptura con hijos a cargo en su Libro I (*Derecho de la Persona*), los efectos del matrimonio en su Libro II (*Derecho de la familia*) y la sucesión *mortis causa* en su Libro III (*Derecho de sucesiones por causa de muerte*).

1. MODIFICACIONES EN MATERIA DE EFECTOS DE LA RUPTURA CON HIJOS A CARGO

Empezando por los efectos de la ruptura con hijos a cargo, interesa recordar *a priori* que desde 2010 la Comunidad Autónoma de Aragón cuenta con régimen jurídico completo en materia de efectos de ruptura de la convivencia, no sólo matrimonial –como sucede en Derecho civil estatal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 96 CC–, sino también no matrimonial. Ciertamente esta materia carecía de precedentes en Derecho civil aragonés, pero su inclusión en su Ordenamiento jurídico bien puede justificarse al amparo de la competencia para desarrollar su Derecho civil propio, conforme a la interpretación de que fue objeto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 88/1993, de 12 marzo y que en 1996 asumió el legislador aragonés cuando emprendió la tarea de renovar íntegramente su Derecho civil propio (doctrina de las materias conexas). Las Cortes de Aragón aprobaron así la Ley 2/2010, de 26 de mayo, dirigida a regular los diversos efectos de índole personal y patrimonial generados por la ruptura de la convivencia con hijos a cargo, tanto respecto a éstos como en relación a los propios progenitores. En 2011 fue refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el CDFA, pasando a integrar la sección 3.ª del capítulo II del Título II del Libro I de dicho cuerpo legal. Dicha Sección se integra de diez preceptos: artículos 75 a 84, que la Ley 3/2024 también ha procedido a revisar, al objeto de adecuar sus previsiones al nuevo tratamiento de la discapacidad resultante de la reforma.

En primer lugar, tratando de acotar su ámbito subjetivo de aplicación, se ha incluido en el artículo 75.4 una noción legal de la expresión «hijos a cargo», para atribuir tal calificativo tanto a los menores como los mayores de edad que se encuentren en situación de dependencia, bien por concurrir los presupuestos del artículo 69 CDFA –hijos mayores en formación y dependientes económicamente–[293] o por razón de su discapacidad. De este modo, en cuanto

[293] A tenor de lo dispuesto en el artículo 69 CDFA, en Derecho aragonés una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad o, en su caso, la emancipación, pese a extinguirse la autoridad familiar *ex* artículo 93.1.b, se mantiene *ex lege* respecto a ambos progenitores la obligación de sostenimiento derivada de aquella, esto es, el deber de cubrir sus gastos de crianza y educación. Ahora bien, este régimen especial se encuentra circunscrito a los hijos

a los hijos con discapacidad la razón para considerarlos hijos a cargo a los efectos de su inclusión entre los destinatarios de las concretas medidas derivadas de la ruptura de sus progenitores no radica propiamente en su discapacidad, sino en la circunstancia de que, por causa de la misma, carezcan de independencia personal y/o económica y, por tanto, sigan a cargo sus progenitores.

Obviamente, tal delimitación conceptual ha incidido en la modificación de que han sido objeto los demás preceptos dedicados a los efectos de la ruptura de la convivencia de los progenitores atinentes a los hijos.

Así, tratándose de una ruptura de mutuo acuerdo, la aprobación judicial del pacto de relaciones familiares otorgado por los progenitores se supedita novedosamente a que sus cláusulas –en especial, las atinentes al régimen de convivencia y visitas, destino de la vivienda familiar y gastos de asistencia– no sólo resulten acordes al interés de los hijos menores no emancipados, sino a que no resulten dañosos o gravemente perjudiciales para los hijos menores emancipados o mayores a su cargo, ya sea por razón de discapacidad o por encontrarse en formación (art. 77.5 CDFA); fórmula esta parcialmente inspirada en el artículo 90.2.1 CC referido al convenio regulador.

Por lo que hace a las medidas judiciales a adoptar en defecto de pacto, la principal novedad tiene que ver con el «régimen de custodia de los hijos menores o incapacitados» a que se refería el anterior artículo 80 CDFA. De este modo, dicho precepto ha sido modificado en el sentido de circunscribir el uso de la expresión «guarda y custodia» a los hijos menores por lo que ello implica –compañía y cuidado personal diario–, mientras que, respecto de los hijos mayores con discapacidad, siempre que sean a cargo, se ha optado por acuñar el término «convivencia», por considerarlo más acorde a la filosofía que subyace en la reforma que parte, en coherencia con la Convención NU de 2006, de la necesaria distinción del tratamiento dispensado a los menores de edad y a las personas adultas con discapacidad, como ya se ha puesto de relieve. A partir de ahí, y con independencia del ejercicio de las medidas

---

mayores que se encuentren, no exactamente en situación de necesidad como sucede en el Código civil (arts. 142 a 153), sino en periodo de formación profesional y, además, que carezcan de recursos propios para mantenerse y satisfacer los gastos que genere su educación. Es más, aun concurriendo tales presupuestos, la prórroga del deber de crianza y educación está sujeta a una doble limitación: primera, «que sea razonable mantener la exigencia del cumplimiento de la obligación» por los progenitores; y segunda, «que sea normal el tiempo empleado para llegar a obtener la formación» por los hijos. Por añadidura, el artículo 69 CDFA establece una restricción adicional a la especial prolongación del deber de los padres de criar y educar a sus hijos, consistente en fijar su extinción a los veintiséis años, salvo que convencional o judicialmente se haya establecido una edad distinta.

de apoyo de cualquier tipo a que puedan estar sujetos tales hijos con discapacidad[294], el Juez habrá de decidir, cuando estén a cargo de sus progenitores, sobre su régimen de convivencia; ello en atención al plan de relaciones familiares que presente cada progenitor y a los factores enunciados en el artículo 80.2, entre ellos, su opinión modulada con su interés[295]. De acuerdo con la última y sorpresiva modificación de que ha sido objeto este precepto por la Ley 1/2025 de 15 mayo, esta convivencia será preferentemente compartida –con ambos progenitores en periodos alternos–, salvo que se estime más conveniente la convivencia individual –con uno de ellos–; en este segundo caso con régimen de comunicación, estancias y visitas para el otro, a fin de promover la participación igualitaria de ambos progenitores en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación paterno filial (art. 75.2)[296]. De cualquier modo, el legislador aragonés ha renunciado intencionadamente a delimitar el término «convivencia», como el de «guarda y custodia», correspondiendo así los operadores jurídicos y, en particular, a los órganos judiciales acotar su significado en el concreto ámbito de las crisis familiares. No obstante, sí ha incorporado una previsión dirigida a facilitar esta tarea al Juez que haya de adoptar el concreto régimen de convivencia, facultándole a recabar informes de especialistas debidamente cualificados e independientes, ya sean del ámbito sanitario o social.

---

294 Lo habitual, una guarda de hecho por parte de uno o ambos progenitores, desde el momento en que ya no existe la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada. Puede suceder, no obstante, que exista una curatela, bien porque el Juez así lo dispuso en el interin entre los dieciséis y dieciocho años (art. 38.3 CDFA) o ya siendo mayores de edad. Ello sin descartar que el propio interesado haya otorgado un mandato de apoyo (artículo 168 CDFA).

295 Personalmente considero que hubiera resultado más acorde a la Convención NU de 2006 (artículo 19) tener presente la voluntad y preferencias del hijo con discapacidad, que no su mera opinión, si bien dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 37.2 CDFA. Por lo demás, entiendo que la referencia aquí al «interés» debe identificarse con «lo que objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses» de la persona con discapacidad» *ex* artículo 37.2 CDFA.

296 Interesa narrar brevemente la azarosa vida del artículo 80.2 CDFA y, por ende, del sistema de custodia –y ahora convivencia– de los hijos que rige en Aragón al socaire de los intereses de la política. Así, en su redacción original, que traía causa de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, consagró la preferencia legal por la custodia compartida en términos taxativos y sin matiz alguno: «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente». Posteriormente, se modificó por la Ley 6/2019, de 21 de marzo, para sustituirse por un sistema de libre determinación judicial del régimen de custodia en atención al interés de los hijos: «El Juez adoptará la custodia de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés». Ahora, de nuevo y, a mi entender, de modo innecesario, por la Ley 1/2025 se ha recuperado el sistema inicial de custodia compartida preferente, aunque de un modo más matizado, haciéndolo extensivo al régimen de convivencia con los hijos con discapacidad: «El Juez adoptará la custodia o convivencia compartida o individual de los hijos en atención a su interés, y salvo que la custodia o convivencia individual sea más conveniente, adoptará de forma preferente la compartida».

A partir de ahí, se ha considerado oportuno que este nuevo régimen de convivencia diseñado para los hijos mayores con discapacidad repercuta, como el atinente a la custodia de los hijos menores, en las restantes medidas a adoptar por el Juez que les afectan como son las relativas al uso de la vivienda familiar y la contribución a sus gastos de asistencia.

Así, la atribución del uso de la vivienda familiar –en todo caso, limitada temporalmente–[297] se hace depender del régimen de convivencia, compartida o individual, por el que opte el Juez (art. 81.1 y 2 CDFA). Los criterios de atribución del uso se mantienen, no obstante, inalterados, tal y como se articularon por la Ley 2/2010. De este modo, de fijarse una convivencia compartida, el criterio preferente en orden a la atribución del uso de la vivienda familiar es el de mayor dificultad objetiva de uno de los progenitores para acceder a una vivienda, considerándose determinantes a tales efectos la desigual situación económica de los progenitores y el hecho de que uno de ellos carezca de vivienda mientras que el otro sea titular de una segunda vivienda[298]. De no resultar aplicable este criterio se faculta al Juez a decidir el destino –que ya no solo la atribución del uso– de la vivienda familiar en función del «mejor interés para las relaciones familiares»; criterio éste muy genérico que requiere atender a la situación familiar existente en el momento de la ruptura convivencial a fin de conjugar los diferentes intereses implicados y, entre ellos, y como prioritario, el interés de los hijos a cargo. En caso de optarse por un régimen de convivencia individual, también son dos los criterios a los que habrá de atender el juez a fin de decidir acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar. El primero de ellos radica en otorgar el uso al progenitor a quien corresponda convivir individualmente con los hijos. Subsidiariamente se opta por el criterio de atribución al progenitor no conviviente, fundado, de nuevo, en «el mejor interés para las relaciones familiares».

El modo de desembolsar los gastos de asistencia que generen los hijos y, en particular, de los gastos ordinarios[299] se hace depender,

[297] El artículo 81.3 CDFA dispone, en términos taxativos, que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores «debe tener» necesariamente una limitación temporal que, a falta de acuerdo entre ambos, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia (SSTSJ de Aragón núm. 1 de 4 enero 2013 y núm. 27 de 18 julio 2014). Esta limitación temporal se justifica, de acuerdo con la jurisprudencia, en la necesidad de eludir conflictos entre los progenitores y de no lesionar el interés del progenitor no adjudicatario del uso en el caso de que sea propietario o copropietario de la vivienda familiar (STSJ de Aragón núm. 33 de 21 octubre 2014). Por añadidura, dicha limitación requiere el señalamiento de un plazo por parte del Juez (SSTSJ Aragón núm. 1 de 4 enero 2013, núm. 33 de 21 octubre 2014 y núm. 25 de 14 octubre 2016).

[298] Doctrina acuñada por las SSTSJ de Aragón de 30 abril 2013 y núm. 32 de 11 julio 2013.

[299] Interesa recordar con base en las SSTSJ de Aragón núm. 13 de 27 febrero 2013 y núm. 2 de 12 febrero 2021 que tales gastos ordinarios incluyen los de alojamiento, manuten-

asimismo, del concreto régimen de convivencia, compartida o individual, de los hijos con discapacidad que fije el Juez. Así, el artículo 82.3 CDFA faculta al Juez para asignar la realización compartida o separada de tales gastos por los progenitores en función del régimen de convivencia por el que haya optado, pudiendo, asimismo, establecer un pago periódico si lo estima necesario. Por su parte, el reparto de los gastos extraordinarios[300] se sigue haciendo depender en el artículo 82.4, por lo que hace a los extraordinarios necesarios, de los recursos económicos de que dispone cada progenitor; y, en cuanto a los extraordinarios no necesarios, de los acuerdos a los que lleguen los progenitores o, en su defecto, de la decisión en la realización del gasto.

En definitiva, la Ley 3/2024 ha intentado ofrecer una respuesta integral a la realidad de los hijos con discapacidad que, encontrándose en una situación de dependencia respecto de sus progenitores, se ven afectados por su ruptura. Se ha tratado así de garantizarles no sólo sus derechos a ser asistidos económicamente por sus progenitores y a mantenerse temporalmente en el uso de la vivienda familiar, como en Derecho estatal (arts. 93.2 y 96.2 CC)[301], sino, además, a seguir conviviendo con ellos si así lo necesitan, que no sólo a comunicarse y relacionarse *ex* artículo 94.2 CC[302]. Es más, creo que puede

---

ción, educación, vestido y sanitarios; estos últimos, siempre que estén cubiertos por un seguro, ya que, de no ser así, se califican de extraordinarios necesarios.

[300] Por gastos extraordinarios puede entenderse, de acuerdo con la STSJ de Aragón núm. 2 de 12 febrero 2021 y en ausencia de noción legal, «aquellos que exceden de lo común, no tienen una periodicidad prefijada, por cuanto dimanan de acaecimientos de difícil o imposible previsión, y son variables en el tiempo y en su cuantía». De tal definición resulta que son tres las notas que permiten calificar un gasto de extraordinario: 1.º) La imprevisibilidad. 2.º) La inhabitualidad. 3.º) La variabilidad. Ahora bien, como advierten los propios órganos judiciales, su variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada.

[301] El artículo 93.2 CC posibilita la reclamación de los alimentos debidos a los hijos mayores, no necesariamente con discapacidad, en el mismo procedimiento de ruptura matrimonial, siempre que carezcan de recursos propios y convivan con el progenitor legitimado para reclamarlos. Ello sin olvidar la existencia de una consolidada jurisprudencia (entre las más recientes, STS núm. 1669 de 12 diciembre 2024) según la cual «]a situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos».

Por su parte, el artículo 96.2 CC, incorporado por la Ley 8/2021, en su 2.ª parte faculta al Juez a mantener –entiéndase temporalmente, de acuerdo con la STS núm. 1669 de 12 diciembre 2024– en el uso de la vivienda familiar a los hijos mayores con discapacidad y al cónyuge en cuya compañía queden, sin que opere –como declara la STS núm. 1669 de 12 diciembre 2024– «la automaticidad de las consecuencias jurídicas de la mayoría de edad». Pero ello siempre que ello sea lo más conveniente en atención a su concreta situación de discapacidad, lo que implica, en palabras de Guilarte Martín-Calero, 2021, p. 158 la necesaria existencia de una conexión entre la situación de discapacidad y la necesidad de mantener el carácter familiar de la vivienda (estabilidad, adaptación, mantenimiento de la red asistencial o social).

[302] De modo muy confuso y, además, omitiendo sorprendentemente toda referencia al principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias (como, igualmente, advierte Guilarte Martín-Calero, 2021, p. 148) el artículo 94.2 CC contempla la posibilidad de

afirmarse que este entramado de derechos, tal y como ha sido articulado en la norma aragonesa, permite contrarrestar más eficazmente la posición de vulnerabilidad en que pueden quedar los hijos con discapacidad que carecen de herramientas para desarrollar una vida independiente tras el cese de la convivencia entre sus progenitores.

2. MODIFICACIONES RELATIVAS A LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO

También ha sido objeto de reforma el Libro II CDFA que, bajo la rúbrica Derecho de la familia, se ocupa específicamente de regular los efectos del matrimonio.

Se ha modificado, en particular, el artículo 199.1.b CDFA atinente a la capacidad para capitular, sustituyendo la anterior «asistencia» requerida *ex lege* por una fórmula, quizá algo vaga, que, respecto al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por parte de personas con discapacidad con medidas de apoyo, se remite «a lo previsto en ellas». De este modo, el legislador aragonés, en un planteamiento divergente al estatal[303], se ha posicionado expresamente a favor de que la discapacidad entendida en los términos del artículo 34.2 CDFA justifique la prestación de apoyos –a mi juicio, circunscritos al mero acompañamiento o la asistencia–[304] si así se ha previsto ya sea en el mandato de apoyo otorgado por el propio

que el Juez fije un régimen de comunicación con los hijos con discapacidad «que precisen apoyo para tomar la decisión», a solicitud del progenitor que «no los tenga en su compañía» ¿A qué decisión se refiere el precepto? Coincido con Linares Noci, 2022, pp. 763-764 cuando la identifica con aquella que corresponde tomar a los hijos con discapacidad respecto del régimen de comunicación con el progenitor que nos tiene en su compañía, decisión que en este caso no pueden tomar por sí solos ¿Cuál es la causa de que el progenitor no los tenga en su compañía? De nuevo, Linares Noci, 2022, p. 764 sostiene muy razonablemente que se trata de hijos con discapacidad que carecen de plena autonomía para vivir independientes y, por ello, se encuentran conviviendo con el otro progenitor. El CC ofrece así una solución fragmentaria a esta realidad, por cuanto se limita a regular el derecho de comunicación del progenitor no conviviente, pero no incluye ningún mecanismo para articular el régimen de convivencia de estos hijos con sus progenitores, como, a mi entender, hubiera sido oportuno y más cuando hace depender de esta convivencia los efectos vinculados a la pensión de alimentos (art. 93.2) y la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 96.2).

[303] Como es sabido, la Ley 8/2021 ha prescindido de incluir una previsión específica sobre la capacidad para capitular de las personas con discapacidad, rigiéndose en este punto por la presunción sobre la capacidad general para contratar del artículo 1263 CC, de lo que resulta que, en principio, podrán otorgar capitulaciones matrimoniales sin necesidad de apoyo. Ahora bien, no cabe descartar que, si el otorgante carece de aptitud suficiente, se dé entrada a un apoyo adicional –entiéndase exclusivamente de acompañamiento o asistencial– a la intervención notarial (de acuerdo con Gómez Valenzuela, 2022, pp. 399-340; y Vaquero Pinto, 2022, pp. 860-861).

[304] Coincido en este punto –como corrobora el acta núm. 325, de 25 octubre 2023, de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil– con Gómez Valenzuela, 2022, p. 399, cuando afirma que en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales está proscrita cualquier medida de apoyo con facultades de representación, habida cuenta de su carácter personalísimo.

interesado de mutuo acuerdo con el mandatario o, en su caso, en la resolución judicial constitutiva de la curatela. Es más, en caso de que el otorgante esté sujeto a medidas de apoyo asistenciales y prescinda de la asistencia debida, las capitulaciones así otorgadas adolecerán de anulabilidad, siempre que se acredite su falta de aptitud del otorgante para llevar a cabo ese acto concreto (art. 45.1, en relación con el art. 40.3 CDFA).

La revisión ha alcanzado también a aquellas previsiones en materia de consorcio conyugal[305] que modulan las facultades de los cónyuges respecto a su gestión y su disolución en atención a la discapacidad que tenga uno de ellos. En concreto, por lo que hace a la gestión del patrimonio consorcial, el artículo 242 CDFA, contempla, de modo similar al artículo 1387 CC[306], la concentración automática de todas las facultades en uno solo de los cónyuges –con preceptiva autorización de la Junta de Parientes o el Juez para actos dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles comunes– únicamente para el supuesto de que el otro cónyuge con discapacidad esté sujeto a apoyos representativos –entiendo que con alcance general–[307] en el ámbito patrimonial y, además, «corresponda [a aquél] prestarle el apoyo», expresión esta en la que, a mi juicio, pueden tener cabida todos aquellos supuestos en que un cónyuge presta apoyo al otro en los términos indicados, ya sea como curador, mandatario de apoyo o guarda de hecho[308]. Pero, junto a ello, con la intención última de que la gestión de los bienes consorciales no salga, como regla, del ámbito matrimonial[309], en el artículo 240 CDFA –hasta la reforma referido exclusivamente a la imposibilidad de uno de los cónyuges de gestionar el patrimonio común–[310], se ha dado entrada al supuesto de que las medidas de

[305] En Derecho aragonés el consorcio conyugal funciona como régimen legal supletorio de primer grado (art. 193.3 CDFA), perteneciendo a la categoría de los regímenes de comunidad parcial, al igual que la sociedad de gananciales.

[306] Una fórmula similar, que no plenamente coincidente, adopta en Derecho estatal el artículo 1387 CC para atribuir *ope legis* la gestión de los bienes gananciales al cónyuge que haya sido nombrado curador con facultades de representación «plena» –entiéndase en el sentido de representación de alcance general, de acuerdo con Vaquero Pinto, 2022, p. 871– de su consorte con discapacidad.

[307] De hecho, según consta en el acta núm. 326, de 8 noviembre 2023, esta idea subyace en los debates de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil referidos a este precepto, aunque finalmente no prosperase la redacción propuesta por Serrano García que incluía la expresión «facultades de representación plena» proveniente del artículo 1387 CC.

[308] Más dificultades plantea, sin embargo, extender la dicción del artículo 1387 CC a la guarda de hecho, como señala Gómez Valenzuela, 2022, pp. 407-417, no sin proponer su equiparación a tales efectos a la curatela cuando el guardador tenga facultades de representación plena atribuidas por una resolución judicial *ex* artículo 264 CC.

[309] En palabras de Bayod López, según consta en el acta núm. 326, de 8 noviembre 2023, de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

[310] De modo coincidente con el vigente artículo 1388 CC referido a la gestión de la sociedad de gananciales.

apoyo del cónyuge con discapacidad las preste un tercero, para permitir al otro cónyuge solicitar al Juez que le atribuya a él solo la gestión de los bienes consorciales, quien podrá acceder (o no) a esta solicitud en atención a las circunstancias concurrentes y, en su caso, fijar límites o adoptar cautelas a la gestión así concedida.

A la incidencia de la discapacidad de uno de los cónyuges en la posible disolución del consorcio conyugal se refiere el artículo 245.a CDFA, habiendo adoptado un enfoque absolutamente divergente al estatal. Cierto que dicho precepto comparte el criterio del artículo 1393.1.º CC favorable a permitir por razón de discapacidad la disolución de sus respectivos regímenes legales, consorcial y gananciales, por decisión judicial a instancia de uno de los cónyuges, pero aquí se terminan las similitudes, tanto en lo que hace al supuesto de hecho que justifica la disolución judicial como a los legitimados para instarla. Así, el legislador aragonés ha preferido atender, en vez de al tipo de medidas de apoyo a que esté sujeto el cónyuge con discapacidad –en el Código civil, exclusivamente «medidas de apoyo dispuestas judicialmente que impliquen facultades de representación plena»–[311], a la concreta situación de discapacidad en que se encuentre, que habrá de apreciar el Juez que resuelva sobre la disolución, tomando como referencia el artículo 34.2 CDFA[312]. Otra diferencia importante tiene que ver con la legitimación para instarla, que en el CDFA se sigue atribuyendo no sólo al otro cónyuge como en el Código civil, sino también al propio cónyuge con discapacidad con apoyo asistencial o, en su caso, a quien tenga su representación –entiéndase, siempre que no sea el otro cónyuge–[313].

3. MODIFICACIONES EN DERECHO DE SUCESIONES

Por último, la Ley 3/2024 ha acometido la revisión del Libro III (*Derecho de sucesiones por causa de muerte*), a fin de adecuar el sistema sucesorio aragonés a las exigencias derivadas

[311] Expresión del artículo 1393.1.º CC que, interpretada literalmente, se circunscribe a las medidas judiciales de apoyo, siempre que se les haya atribuido alcance representativo general en el ámbito patrimonial. No obstante lo anterior, Gómez Valenzuela, 2022, p. 417 propugna una interpretación extensiva del precepto, dando entrada a la guarda de hecho que abarque facultades representativas debidamente autorizadas por la autoridad judicial con base en el artículo 264 CC.

[312] Como advierte Calatayud Sierra, autor de la propuesta, según consta en el acta núm. 326, de 8 noviembre 2023, de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

[313] No obstante, más allá del tenor literal del artículo 1393.1.º CC, Vaquero Quinto, 2022, p. 875, se muestra proclive a reconocer al representante del cónyuge con discapacidad legitimación para instar en su nombre la disolución de la sociedad de gananciales, si bien con autorización judicial conforme al artículo 287.7.º CC.

de la Convención NU de 2006 en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad.

Sucede, sin embargo, que durante su proceso de elaboración, fue decisión de política legislativa abordar una reforma puntual del mismo Libro en virtud de la Ley 10/2023, de 30 marzo[314], fundamentalmente con la intención de dotar de medios económicos suficientes que garantizasen el cumplimiento de sus funciones a la entidad pública que tiene encomendada en Aragón la función de autonomía y promoción de las personas con discapacidad, así como a los centros residenciales titularidad del Instituto Aragonés de Servicios Sociales. De este modo, en sede de sucesión legal, se hizo extensivo, de manera harto discutible, el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia[315], con lo que ello implica –llamamiento con preferencia a la Comunidad Autónoma de Aragón–, a tales instituciones siempre que concurran los mismos presupuestos requeridos para el llamamiento a favor de la Comunidad Autónoma, esto es, vecindad civil aragonesa en el momento del fallecimiento, no haber dispuesto voluntariamente de los bienes y carecer de parientes llamados a la sucesión legal. En concreto, tras la reforma de 2023, el artículo 536 CDFA, en su aptdo. 2, llama con preferencia a la entidad pública a la sucesión legal de los causantes que fallezcan durante la vigencia de las medidas de apoyo. Por su parte, su aptdo. 3 llama con preferencia al Instituto Aragonés de Servicios Sociales a la sucesión legal de aquellos causantes que hayan tenido su última residencia habitual en centros residenciales de su titularidad. En ambos casos, previa declaración administrativa de herederos, la entidad pública que ejerce las medidas de apoyo –esto es, la Fundación para el Apoyo a la Autonomía y Capacidades de las Personas de Aragón– o, en su caso, el Instituto Aragonés de Servicios Sociales sucederán al causante en todos sus bienes, troncales y no troncales, si bien con la carga de destinar tales bienes o

[314] No sin la opinión en contra de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, fundamentalmente por razones de oportunidad, dado que en aquel momento estaba trabajando por encargo del Gobierno de Aragón en la reforma integral del CDFA en materia de capacidad jurídica de las personas, pero también aduciendo razones de técnica jurídica, según obra en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de modificación puntual del Libro III relativo a las sucesiones por causa de muerte* (inédito).

[315] El Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia (Hospital Provincial de Zaragoza), se remonta al siglo XVII, toda vez que fue concedido a dicha institución en virtud de Acto de Corte de 1626, manteniéndose en vigor desde entonces en los sucesivos cuerpos legales aragoneses. Tal Privilegio, actualmente consagrado en el artículo 536.1 CDFA, se traduce en el llamamiento preferente de dicho centro sanitario a la sucesión legal de aquellos causantes fallecidos en el mismo o en sus establecimientos dependientes, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos: ostentar la vecindad civil aragonesa en el momento del fallecimiento, no haber dispuesto voluntariamente de sus bienes y carecer de parientes llamados a la sucesión legal.

el producto de su enajenación ya sea a la mejora de la atención de las personas con discapacidad o a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del centro residencial en que haya fallecido el causante. Con el mismo objeto fue también reformado el artículo 473 CDFA que, en sede de sucesión voluntaria, concreta el destino de las disposiciones *mortis causa* para obras asistenciales efectuadas indeterminadamente y sin concretar su aplicación[316]. Se introdujo así un aptdo. 3 encauzando su destino a las mismas instituciones referidas. Por mi parte, y más allá de que comparta la finalidad última de estas previsiones normativas, considero innecesaria e, incluso, inadecuada su incorporación a una ley civil como es el CDFA, por cuanto abordan propiamente una materia de índole administrativa como es la referida al reparto interno de los bienes heredados por la Comunidad Autónoma. Por ello, lo procedente hubiera sido, en su caso, la revisión de la normativa administrativa existente al respecto[317], a fin de priorizar a dichas instituciones en el reparto del caudal hereditario percibido por la Comunidad Autónoma a través de estas vías, en vez de incorporar ese mandato en el artículo 473 y menos acudir a la figura del privilegio en el artículo 536 que –no se olvide– obedece a unas razones históricas determinadas que, a mi juicio, no son predicables en el momento presente de ninguna otra institución que no sea el Hospital de Nuestra Señora de Gracia[318].

Junto a ello, la Ley 10/2023 procedió a revisar las causas de indignidad sucesoria del artículo 328 CDFA para dar entrada, en la letra j), a dos nuevas causas que se fundamentan en uno de los principios inspiradores del nuevo régimen en materia de discapacidad como es el principio de apoyo desinteresado y leal, pero también, a mi juicio, con el de solidaridad familiar entendida en términos de reciprocidad. El legislador aragonés consideró así razonable, en un enfoque que personalmente comparto, sancionar con la incapacidad sucesoria por indignidad aquellos incumplimientos más graves vinculados al ejercicio de las medidas de apoyo que necesite el causante, como son: de una parte, la falta de aceptación o renuncia a la responsabilidad del ejercicio de las medidas de apoyo sin causa justificada –expresión muy amplia que engloba tanto las causas

[316] En Derecho estatal, este precepto tiene su equivalente en los artículos 747 y 748 CC que permanecen inmodificados tras la reforma de 2021.

[317] En particular, el Decreto 185/2014 de 18 de noviembre sobre regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón y en los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas.

[318] Parecer, por lo demás, compartido por todos los miembros de Comisión Aragonesa de Derecho Civil, según se hizo constar en el referido Informe sobre el Anteproyecto de Ley de modificación puntual del Libro III relativo a las sucesiones por causa de muerte.

legales de excusa como cualesquiera otras que, a juicio del Juez, justifique esta sanción–; y de otra, la remoción de «la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo» –entiéndase, curatela–[319] por causa basada en una acción u omisión dolosa o con negligencia grave, viniendo así a coincidir con lo dispuesto en el Código civil (art. 756.2.º3 *in fine*)[320].

Posteriormente, con ocasión de la reforma integral en materia de discapacidad implementada en 2024 se procedió a modificar las demás previsiones del CDFA en materia sucesoria referidas a la discapacidad, conforme a los nuevos parámetros establecidos en el Título I de su Libro I. De este modo, la capacidad para aceptar o repudiar la herencia se ha identificado muy razonablemente en el artículo 346 con la aptitud para ejercitar la capacidad jurídica a que se refiere el artículo 40.1 para identificarla con la aptitud para comprender por uno mismo su significado y efectos. De carecer de esta aptitud, la aceptación[321] o repudiación de las atribuciones a favor de una persona con discapacidad se realizará con los apoyos necesarios, debiendo distinguirse a tal efecto entre medidas de apoyo representativas y no representativas. En el primer caso, la aceptación o repudiación se llevará a cabo por quien le preste apoyo representativo, si bien esta última con la necesaria autorización de la Junta de Parientes o el Juez que, de denegarse, implicará la aceptación automática de la herencia. Pero cuando las medidas de apoyo a que esté sujeta la persona con discapacidad sean de menor intensidad –lo que tiene que ser la regla–, decidirá por sí «conforme a las mismas», esto es, con el mero acompañamiento o, en su caso, la asistencia de quien preste el apoyo, conforme al artículo 35.1[322]. La misma solución se ha adoptado en

[319] La expresión entrecomillada en texto debe ponerse en relación con los artículos 126 y 129-2.3 CDFA que, en su redacción dada por la Ley 3/2024, circunscriben la remoción a la curatela y, por extensión, al defensor judicial. Es más, parece oportuno circunscribirla a la curatela, desde el momento que en el cuerpo legal aragonés el defensor judicial se configura como una medida judicial de apoyo puntual y supletorio.

[320] Tras la reforma de 2021, el artículo 756 CC incluye dos causas de indignidad sucesoria en atención a la discapacidad del causante, la enunciada en su núm. 2.º 3 *in fine* CC relativa a la remoción de la curatela por causa imputable –que ha inspirado parcialmente el artículo 328.j CDFA– y la enunciada en su núm. 7.º relativa al incumplimiento de la obligación legal de alimentos.

[321] En Derecho aragonés no existe la distinción entre la aceptación pura y simple y la aceptación a beneficio de inventario, toda vez que la responsabilidad del heredero está limitada por la ley a los bienes que reciba del caudal relicto, sin necesidad de solicitar ningún beneficio ni hacer inventario alguno (art. 355.1 CDFA).

[322] En Derecho estatal esta cuestión ha sido resuelta de manera más imprecisa en el artículo 996 CC, reconociendo, como regla, a las personas con discapacidad capacidad para aceptar la herencia, ya sea pura y simple o a beneficio de inventario, por sí solas; ello «salvo que otra cosa resulte de las medidas de apoyo que tenga establecidas». Dicha previsión no concuerda, además, con el artículo 992.1.º CC, sorprendentemente no modificado en 2021, que exige tener la libre disposición de los bienes para aceptar o repudiar una herencia, expresión esta que tradicionalmente se ha interpretado como sinónimo de la

relación a la partición de la herencia, desde el momento en que el artículo 367.2 CDFA legitima a las personas con discapacidad para solicitarla y participar en ella «conforme» a las medidas de apoyo a que estén sujetas, salvo que excepcionalmente sean de naturaleza representativa, en cuyo caso tales actuaciones las llevará a cabo en su nombre quienes les presten apoyo[323].

No obstante lo anterior, en este entramado normativo cobra especial relevancia la modificación de que ha sido objeto el artículo 408.1 CDFA para reforzar el criterio, ya presente en el anterior régimen aragonés, según el cual puede testar toda persona mayor de catorce años y con capacidad natural en el momento de otorgar testamento[324]. Tomando como referencia este principio general que permanece inalterado, el citado precepto en su 1.ª parte identifica, con mayor precisión y en coherencia con lo dispuesto en el artículo 40.1, la capacidad para testar con la «aptitud para determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella». Ahora bien, complementariamente, y en respuesta a las exigencias de la Convención NU de 2006, incorpora la posibilidad de utilizar, cuando sea preciso, medios auxiliares ya sea de índole técnico, material o personal, eso sí, dirigidos exclusivamente a ayudar que la persona con discapacidad decida por sí misma[325]. Esta solución viene a coincidir con la adoptada por la reforma estatal de 2021, aunque el artículo 663.2.º CC siga optando por una formulación negativa y, a mi entender, menos cuidada, para prever que no puede testar «la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello»[326].

---

plena capacidad de obrar. Ante esta aparente contradicción, Lora-Tamayo Rodríguez, *El Notario del siglo xxi*, 2021, p. 7; y Díaz Martínez, 2022, pp. 1034 y 1047, defienden la prevalencia del primero de los preceptos citados, a la par que extienden su aplicación a la repudiación de la herencia, no mencionada sorprendentemente en el artículo 996 CC.

[323] En Derecho estatal esta cuestión se resuelve, de nuevo, muy confusamente en el artículo 1052 CC, toda vez que mantiene la exigencia de libertad de disposición y administración sobre los propios bienes como presupuesto del ejercicio de la facultad de solicitar la partición de la herencia, para luego remitirse, respecto de los coherederos que cuenten con medidas de apoyo por razón de discapacidad, a lo que «se disponga» en las medidas de apoyo. Coinciden en esta percepción Alventosa del Río, 2022, p. 495; y Carballo Fidalgo, 2022, pp. 1054-1055.

[324] Como destacó en su momento Serrano García, 2015, pp. 608-609.

[325] Como matizan Alventosa del Río, 2022, p. 464; y Hermida Bellot, *AJI,* 2022, p.1922, en relación al artículo 663.2.º CC.

[326] Fernández Lozano, 2022, p. 422, cuestiona a este respecto, no sin razón, el uso de la conjunción disyuntiva «o», en vez de «y» en el artículo 663.2.º CC, como hubiera sido correcto. Ello aparte el precepto se refiere genéricamente al posible recurso a «medios o apoyos», expresión esta muy imprecisa que, en una lectura literal, da cabida a los apoyos instrumentales, pero también a los jurídicos –las medidas de apoyo en sentido estricto–, lo que no deja de ser cuestionable, habida cuenta del carácter personalísimo del testamento. Expresan, igualmente, sus dudas al respecto Echevarría de Rada, 2022, pp. 541-542; y Espín Alba, 2022, p. 899. Otros autores, sin embargo, como Torres Perea, 2022, p. 475, no descartan el posible otorgamiento de testamento con asistencia del curador.

Ambos cuerpos legales incluyen, asimismo, una disposición relativa a los testamentos notariales –los más habituales en la práctica–[327] en la que se trasluce la nueva e importante función asignada al Notario como apoyo institucional de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con los demás[328], entre los que se encuentra el derecho a decidir sobre el destino de su patrimonio tras su muerte sin abusos ni influencias indebidas. Me refiero a los artículos 665 CC y a la 2.ª parte del artículo 408.1 CDFA que, con una redacción muy similar, atribuyen al Notario autorizante un plus en su función, consistente en fomentar el desarrollo por parte de las personas con discapacidad de su propio criterio en la toma de decisiones, lo que incluye apoyarles en su comprensión y razonamiento, así como facilitarles los ajustes que sean necesarios[329]. En definitiva, con dichas previsiones los Ordenamientos estatal y aragonés han apostado por el respeto a la voluntad de las personas con discapacidad materializada en el otorgamiento de testamento, si bien supeditada muy razonablemente, a que, con más o menos apoyos, quieran y comprendan el alcance de su decisión y las consecuencias de su otorgamiento[330].

Del mismo modo, por lo que hace a la fiducia sucesoria[331] el legislador aragonés ha revisado la capacidad para ser fiduciario, a

---

[327] Como constata Fernández Lozano, 2022, p. 426.

[328] Como se hace constar en la *Circular Informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado*, p. 1; y en la *Guía Notarial de la Unión Internacional del Notariado*, cit., pp. 28, 31, y 44-45. En la doctrina destacan esta función adicional atribuida novedosamente a los notarios De Amunategui Rodríguez, 2021, p. 892; y Valls I Xufré, 2022, pp. 105-106.

[329] A tales efectos, el aptdo. 4 del artículo 25 Ley del Notariado –incorporado por la Ley 8/2021– ofrece una lista abierta que incluye sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación. Con todo, como advierte *la Circular 2/2021, de 1 de septiembre, de la Comisión Permanente del Consejo del Notariado*, pp.1-2, ello no quita que el Notario deba seguir enjuiciamiento la capacidad de hecho –entendida, como autonomía en el ejercicio de la capacidad jurídica– del testador en el concreto momento del otorgamiento. Es más, si el Notario tiene dudas sobre la capacidad del testador, nada le impide solicitar el dictamen de un especialista no necesariamente del ámbito sanitario (de acuerdo, entre otros, con De amunategui Rodríguez, 2021, p. 889; De torres perea, 2022, p. 469; Echevarría de Rada, 2022, p. 547; Espín Alba, 2022, p. 897; y Fernández Lozano, 2022, p. 432, cuya opinión suscribo).

[330] Coinciden en esta apreciación, por lo que hace al Derecho estatal, Lora-Tamayo Rodríguez, *El Notario del siglo xxi*, 2021, p. 7; Alventosa del Río, 2022, p. 465; Echevarría de Rada, 2022, p. 533; Fernández Lozano, 2022, p. 423; y Magariños Blanco, 2022, p. 38.

[331] Conforme al artículo 439 CDFA, la fiducia sucesoria es una institución que permite a una persona –comitente– ordenar su sucesión *mortis causa* a través de un tercero –fiduciario–. En cumplimiento del encargo recibido por el comitente, al fiduciario le corresponde ordenar la sucesión de aquél, en su caso, conforme a las instrucciones que pueda haber establecido (arts. 442 y 457 CDFA), pero con la misma libertad que éste. El fiduciario puede, por tanto, instituir herederos, atribuir legados, ordenar sustituciones,

fin de garantizar su debida coherencia con el artículo 40.1. Tras la reforma, el artículo 440.1 CDFA requiere, junto a la mayoría de edad, tener plena aptitud para ejercitar por sí solo la capacidad jurídica en el momento del fallecimiento del causante, que es cuando empiezan a correr los plazos de la ejecución de la fiducia. Quizá resulte más complejo armonizar el artículo 462 CDFA con el nuevo régimen de discapacidad derivado de la reforma y, en particular, con las presunciones de aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica del artículo 40, dado que en su letra c) vincula la pérdida de la condición de fiduciario a su sujeción a curatela asistencial o representativa, pero también más ampliamente al hecho de encontrarse en la situación de discapacidad definida en el artículo 34.2, eso sí, debidamente acreditada.

No se ha considerado, sin embargo, necesario alterar la previsión relativa a la capacidad para otorgar pacto sucesorio, la tercera vía que establece el Derecho aragonés para ordenar voluntariamente la sucesión. El artículo 378 CDFA sigue requiriendo así exclusivamente la mayoría de edad. Ahora bien, desde el momento en que se exige su otorgamiento en escritura pública como requisito de validez (artículo 377) y se predica su carácter personalísimo sin que quepa la representación (artículo 379), entiendo que son extrapolables a dicho instrumento sucesorio las previsiones del artículo 408.1 referidas al testamento notarial, en el sentido que Notario habrá de facilitar su otorgamiento a las personas con discapacidad con los apoyos y ajustes necesarios.

Finalmente, ha sido opción de la Ley 3/2024 introducir en el CDFA un nuevo precepto, el artículo 476 bis[332], al objeto de dar entrada en Derecho aragonés a la figura de la sustitución ejemplar, suprimida del CC en fase de enmiendas, no sin la opinión en contra de no pocos autores y operadores jurídicos[333]. Con tal incorporación no se pretendido, en modo alguno, sustituir o anular la capacidad de testar de las personas con discapacidad, sino ofrecer a sus progenitores una herramienta útil para ordenar subsidiariamente la sucesión de su patrimonio, conforme a la voluntad y preferencias

adjudicar bienes en pago de la legítima e, incluso, evitar la preterición de un legitimario de grado preferente (Parra Lucán, 2012, pp. 589-590).

[332] En coherencia con esta nueva previsión, la Ley 3/2024 incluye una Disposición transitoria 7.ª que reconoce la validez y subsistencia de las sustituciones ejemplares otorgadas en virtud de la aplicación supletoria del anterior artículo 776 CC, siempre que cumplan los requisitos del artículo 476 bis CDFA.

[333] Se pronuncian en contra de su supresión en Derecho estatal, entre otros, Vivas Tesón, 2019, p. 431; Botía Valverde, *Registradores y Notarios*, 2021; Espejo Lerdo de Tejada, 2021, pp. 664-668; De Amunategui Rodríguez, 2021, pp. 930-932, y 2022b, pp. 513-515; Fernández Lozano, 2022, p. 436; Lora-Tamayo Rodríguez, *RJN*, 2022, pp. 334-336; y Madriñan Vázquez, 2022, pp. 966-968.

de aquellas cuando sea posible como matiza en su aptdo. 2[334], para así evitar la apertura de la sucesión legal y, sobre todo, a fin de garantizarles los cuidados y apoyos especializados que puedan necesitar *ad futurum*. A partir de ahí, tomado como referencia la redacción que se dio al artículo 776 CC en el Proyecto de Ley 2020, el artículo 476 bis CDFA prevé, en su aptdo. 1, que la sustitución ejemplar sólo es posible respecto al descendiente con discapacidad que esté sujeto a medidas de apoyo representativas, a la par que se ha condicionado su eficacia a la ausencia de un testamento o pacto sucesorio otorgado válidamente por aquél, con independencia del momento en que haya requerido medidas de apoyo y de su eficacia. De este modo, la sustitución ejemplar ha quedado debidamente circunscrita a aquellos supuestos excepcionales en que las personas con discapacidad no puedan por sí mismas ordenar su sucesión por carecer de aptitud para ello aun con apoyos. No obstante, dado el amplio contenido que se le ha atribuido –«la totalidad de los bienes del sustituido»–, quizá hubiera sido oportuno condicionar expresamente su eficacia a que el sustituto o sustitutos asuman la responsabilidad de prestar el debido apoyo y cuidado a la persona sustituida que, no se olvide, necesita apoyos representativos[335].

BIBLIOGRAFÍA

Albiez Dohrmann, Klaus Jochen: «La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dtores.), Ruiz-Rico Ruiz (coord.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 493-460.

Álvarez lata, Natalia: «Comentario a los artículos 295 a 298 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero (dtora.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 831-855.

— «Comentario a los artículos 1291.1.º, 1299.2, 1301, 1302, 1304 y 1314 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero (dtora.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 997-1027.

Álvarez-Royo Villanova, Segismundo: «Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad», *El Notario del siglo xxi*, núm. 100, 2021 (versión electrónica).

[334] Como ya se ha indicado, importa matizar que aquí el término «voluntad» no debe entenderse en sentido técnico jurídico, esto es, como «voluntad libre y consciente que se manifiesta a través del consentimiento», ya que, de ser así, producirá por sí sola los efectos que le son propios.

[335] Conforme a la tesis defendida por Muñoz Calvo, *Notarios y Registradores*, 2020, al comentar el Anteproyecto del que trajo causa el Proyecto de Ley 2020.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: «Reformas en Derecho de sucesiones», en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Verda y Beamonte (dtor.) Chaparro Matamoros y Bueno Biot (coords.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 451-502.

AMMERMAN YEBRA, Julia: «Comentario al artículo 277 CC», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio y Moro Almaraz (dtras.), Varela Castro (coord.), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022 (versión electrónica).

ARBUÉS AÍSA, David: «Normas comunes a las relaciones tutelares y medidas de apoyo», en *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, Bayod López (coord.), Colex, La Coruña, pp. 161-186 (2024a, a efectos de cita).

— «Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en la reforma del Código del Derecho foral de Aragón: guarda de hecho, curatela y defensor judicial», en *Actas de los XXXIII Encuentros del Foro de Derecho aragonés (2024),* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2025, pp. 95-120 (2024b, a efectos de cita).

BARREDA HERNÁNDEZ, Armando: «Breve reseña de los aspectos más relevantes del nuevo sistema de apoyos en Aragón que delimitan su práctica diaria», *Actualidad del Derecho en Aragón* (*ADA*), núm. 55, 2024, pp. 18-19 (URL: https://estatuto.aragon.es/sites/default/files/revisa Ley 3tasestatuto/revista55/0001.html).

BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Invalidez e ineficacia de actos y contratos», en *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, Bayod López (coord.), Colex, La Coruña, 2024, pp. 61-90.

— «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *Ibidem*, pp. 137-160.

— «Disposiciones transitorias», *Ibidem*, pp. 205-224.

— «La situación jurídica de la persona con discapacidad. Principios y método», en *Actas de los XXXIII Encuentros del Foro de Derecho aragonés (2024),* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2025, pp. 15-78.

BLANDINO GARRIDO, M. Amalia: *El defensor judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

BOTÍA VALVERDE, Antonio: «Sustitución ejemplar: Derecho transitorio y seguridad jurídica», *Registradores y Notarios*, 2021 (URL: https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/sustitucion-ejemplar-derecho-transitorio-y-seguridad-juridica/).

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «El Notariado ante la reforma: el caso aragonés», en *Actas de los XXX Encuentros del Foro de Derecho aragonés (2021)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2022, pp. 27-61.

— «Mandatos de apoyo y poderes preventivos sin mandato», en *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, Bayod López (coord.), Colex, La Coruña, 2024, pp. 111-136.

CARBALLO FIDALGO, Marta: «Colación y partición hereditaria», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda y López Simó (dtores.), Dykinson-Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 1051-1083.

Carrasco Perera, Ángel: «Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores», *Novedades CESCO*, 2021, pp. 1-16 (URL: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Brujula_para_navegar_la_nueva_contrataci%C3%B3n_con_personas_con_discapacidad.pdf).

— «Contratación con discapacitados con y sin apoyos», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 239-275.

Castro-Girona Martínez, Almudena: «La función notarial como apoyo institucional: El ejercicio de derechos y juicio de discernimiento en el ámbito notarial», en *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas,* Castro-Girona Martínez, Cabello de Alba Jurado y Pérez Ramos (coords.), Fundación Notariado, Madrid, 2022, vol. 2, pp. 19-55.

Cortada Cortijo, Neus: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario y anticipatorio en el ejercicio de la capacidad jurídica: el poder preventivo», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2022, pp. 1-15 (versión electrónica).

De Amunategui Rodríguez, Cristina: «El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo», en *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad,* De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dtoras.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 125-164.

— «Sentencia de Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar mucho las cosas?», *Blog Hay Derecho,* 22 septiembre 2021 (URL: https://www.hayderecho.com/2021/09/27/sentencia-de-pleno-de-8-de-septiembre-de-2021-sobre-adopcion-de-medidas-de-apoyo-en-aplicacion-de-la-ley-8-2021-van-a-cambiar-mucho-las-cosas/).

— «Comentario a los artículos 663 y 665 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero (dtora.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 879-886 y 887-892, respectivamente.

— «Se suprime el artículo 776 CC», *Ibidem*, pp. 927-933.

— «Las medidas voluntarias de apoyo», en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Verda y Beamonte (dtor.) Chaparro Matamoros y Bueno Biot (coords.) Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 107-144 (2022a, a efectos de cita).

— «La reforma de las sustituciones hereditarias: La supresión de la ejemplar y la modificación de la fideicomisaria sobre la legítima», en *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas,* Castro-Girona Martínez, Cabello de Alba Jurado y Pérez Ramos (coords.), Fundación Notariado, Madrid, 2022, vol. 2, pp. 509-536 (2022b, a efectos de cita).

De la Iglesia Monje, M. Isabel: «Insuficiencia de la guarda de hecho y surgimiento de la curatela: compatibilidad o complementariedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (*RCDI*), núm. 801, 2024, pp. 319-335.

De las Heras García, Manuel Ángel: «Apoyos y discapacidad tras año y medio de la Ley 8/2021», *Revista de Direito da ULP* (*ULPLR*), vol. 16, 2022, pp. 17-39.

De Salas Murillo, Sofía: «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (*RCDI*), núm. 780, 2020, pp. 2227-2268.

De Salas Murillo, Sofía: «Comentario al artículo 279 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero (dtora.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 760-763.

— Comentario a los artículos 271 a 281 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero (dtora.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 701-767.

— «El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: Panorámica general, interrogantes y retos», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (*AJI*), núm. 17, 2022, pp. 16-47.

De Torres Perea, José Manuel: «La discapacidad y la reforma de las normas sucesorias», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dtores.), Ruiz-Rico Ruiz (coord.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 461-492.

De Verda y Beamonte, José Ramón: «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 81-124.

— «La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia», *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022 (versión electrónica).

— «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», *Revista Jurídica del Notariado* (*RJN*), núm. 115, 2022, pp. 11-116.

— «Prueba de la guarda de hecho», *IDIBE (Tribuna),* 2024 (URL: https://idibe.org/tribuna/prueba-la-guarda-hecho/).

Delgado Echeverría, Jesús: *Joaquín Costa y el Derecho aragonés (Libertad civil, costumbre y codificación,* Facultad de Derecho, Zaragoza, 1978.

— «Invalidez e ineficacia de actos y contratos», *Actualidad del Derecho en Aragón* (*ADA*), núm. 55, 2024, p. 8.

Diago Diago, Pilar: «La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas», *Diario la Ley,* núm. 9779, 27 enero 2021 (versión electrónica).

Díaz Martínez, Ana: «Aceptación de la herencia a que es llamada una persona con discapacidad», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda y López Simó (dtores.), Dykinson-Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 1033-1049.

Domínguez Luelmo, Andrés: «Comentario a la Disposición transitoria quinta. Revisión de las medidas ya acordadas», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero (dtora.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 1485-1493.

Echevarría de Rada, M. Teresa: «La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Pereña Vicente y Heras Hernández (dtoras.), Núñez Núñez (coord.), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 521-554.

Escartín Ipiens, José Antonio: «La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad**»,** *Revista de Derecho Civil* (*RDC*), vol. V, núm. 3, 2018, pp. 85-119.

Espejo Lerdo de Tejada, Manuel: «Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Cerdeira Bravo de Mansilla y García Mayo (dtores.), Wolters Kluwer Bosch, Madrid, 2021, pp. 669-689.

Espín Alba, Isabel: «Disposiciones testamentarias y testamentos notariales», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda y López Simó (dtores.), Dykinson-Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 883-914.

Espiñeira Soto, Inmaculada: «Apoyar, no anular», *Notarios y Registradores*, julio 2021 (URL: https://www. Notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/preparacion-y-modelo-de-escritura-de-medidas-de-apoyo-con-una-persona-que-padece-parkinson/).

— «Aspectos interregionales y de Derecho internacional Privado para las personas con discapacidad», en *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas,* Castro-Girona Martínez, Cabello de Alba Jurado y Pérez Ramos (coords.), Fundación Notariado, Madrid, 2022, vol. 1, pp. 249-314.

Fernández Lozano, José Luis: «Capacidad para otorgar testamento y capacidad para suceder», en *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas,* Castro-Girona Martínez, Cabello de Alba Jurado y Pérez Ramos (coords.), Fundación Notariado, Madrid, 2022, vol. 2, pp. 417-462.

Font i Segura, Albert: «Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *La Ley Derecho de familia*, núm. 31, 2021, pp. 1-22.

García Herrera, Vanessa: «Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Pereña Vicente y Heras Hernández (dtoras.), Núñez Núñez (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 341-386.

García Pons, Antonio: «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España», *Anuario de Derecho Civil* (*ADC*), t. LXVI, 2013, pp. 59-148.

García Rubio, M. Paz: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil* (*RDC*), vol. V, núm. 3, 2018, pp. 29-60.

García Rubio, M. Paz y Torres Costas, M. Eugenia: «Comentario al artículo 249 CC», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio y Moro Almaraz (dtras.), Varela Castro (coord.), Thompson Reuters Civitas, Madrid, 2022 (versión electrónica).

García Vicente, Fernando: «La Comisión aragonesa. La tramitación. Principios informadores», en *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, Bayod López (coord.), Colex, La Coruña, 2024, pp. 23-31.

Gil Galindo, Marta: «Modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica», *Actualidad del Derecho en Aragón* (*ADA*), núm. 55, 2024, p. 15.

Gomá Lanzón, Fernando: «Los poderes preventivos en la ley de apoyo a las personas con discapacidad», *Blog Hay Derecho-Expansión*, junio 2021 (URL: https://hayderecho.expansion.com/2021/06/09/los-poderes-preventivos-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/).

— «Pero, ¿qué es en realidad la guarda de hecho?», *Notarios y Registradores*, 16 julio 2024 (URL: https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/que-es-en-realidad-un-guardador-de-hechoi/).

Gómez-Linacero Corraliza, Adrián: «La fiscalización de la curatela: formación de inventario, rendición de cuentas y responsabilidad civil por hecho propio tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Practica de Tribunales*, núm. 154, 2022 (versión electrónica).

Gómez Valenzuela, Manuel Ángel: «Reformas en Derecho de familia», en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Verda y Beamonte (dtor.) Chaparro Matamoros y Bueno Biot (coords.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 375-450.

Gracia de Val, M. del Carmen: «El impacto de la reforma en la función notarial», *Actualidad del Derecho en Aragón* (*ADA*), núm. 55, 2024, p. 16.

Guilarte Martín-Calero, Cristina: «Comentario a los artículos 91, 94 y 96 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero (dtora.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 140-145, 145-151 y 151-159, respectivamente.

— «Comentario a los artículos 284 a 285 CC», *Ibidem*, pp. 778-785.

— «Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código civil español», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 21-80.

Fábrega Ruiz, Cristóbal y Anguiano Vera, María: «La nueva visión de la guarda de hecho del nuevo régimen jurídico de protección de la discapacidad», en *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas,* Castro-Girona Martínez, Cabello de Alba Jurado y Pérez Ramos (coords.), Fundación Notariado, Madrid, 2022, vol. 1, pp. 721-747.

Heras Hernández, M. del Mar: «El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Pereña Vicente y Heras Hernández (dtoras.), Núñez Núñez (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 407-466.

Hermida Bellot, Beatriz: «Personas con discapacidad intelectual y medidas de apoyo en el ejercicio de su derecho a otorgar testamento. Análisis de la reforma operada por Ley 8/2021», *Actualidad Jurídica Iberoamericana (AJI)*, núm. 17 bis, 2022, pp. 1914-1933.

Leciñena Ibarra, Ascensión: «Comentario al artículo 264 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero (dtora.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 655-668.

— «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil* (*RDC*), núm. 1, 2022, 257-293.

Linares noci, Rafael: «Separación, derecho de comunicación y visitas, y el uso de la vivienda familiar», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda y López Simó (dtores.), Dykinson-Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 755-782.

López Azcona, Aurora: «Los Derechos civiles territoriales ante la Ley 8/2021 de reforma de la discapacidad», *Anuario de Derecho Civil* (*ADC*), núm. 4, 2022, pp. 583-1674.

Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro: «Algunas aplicaciones notariales en la Ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *El Notario del siglo xxi,* núm. 99, 2021, pp. 1-9 (versión electrónica).

— «La sustitución ejemplar transformada en fideicomisaria», *Revista Jurídica del Notariado* (*RJN*), núm. 114, 2022, pp. 331-358.

— «La representación de la guarda de hecho de la persona con discapacidad», *Revista Jurídica del Notariado* (*RJN*), núm. 119, 2024, pp. 13-58.

Lora-Tamayo Villacieros, Manuel: «Longevidad y poderes preventivos», *El Notario del siglo xxi*, núm. 85, 2019, pp. 1-4 (versión electrónica).

Madridejos Fernández, Alfonso: «Los poderes preventivos son la piedra angular del nuevo sistema de discapacidad sobrevenida establecido en la Convención de Nueva York», *El Notario del siglo xxi*, núm. 118, 2025, pp. 1-6 (versión electrónica).

Madriñan Vázquez, María: «La supresión de la sustitución ejemplar y régimen transitorio», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda y López Simó (dtores.), Dykinson-Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 959-982.

Magariños Blanco, Victorio: «Comentarios a la propuesta para la reforma del Código civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho Civil* (*RDC*), vol. V, núm. 3, 2018, pp. 199-225.

— «Discapacidad, testamento y libertad sucesoria», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda y López Simó (dtores.), Dykinson-Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 27-62.

Martín Azcano, Eva María: «El defensor judicial de persona con discapacidad», en *El ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021,* de 2 de junio, Pereña Vicente y Heras Hernández (dtras.) y Nuñez Nuñez (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 281-306.

Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos: «Líneas básicas de la reforma del Código civil español sobre el régimen jurídico de la discapacidad psíquica», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (*AJI*)*,* núm. 16 bis, 2022, pp. 690-711.

Moro Almaraz, M. Jesús: «Medidas voluntarias de apoyo», en *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas,* Castro-Girona Martínez, Cabello de Alba Jurado y Pérez Ramos (coords.), Fundación Notariado, Madrid, 2022, vol. 1, pp. 371-451.

Munar Bernat, Pedro: «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Civil* (*RDC*), vol. V, núm. 3, 2018, pp. 121-152.

— «Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política», en *Principios y preceptos de la reforma de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Munar Bernat (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 175-196.

Muñoz Calvo, Alberto: «Reflexiones sobre la sustitución ejemplar a propósito del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Notarios y Registradores*, 8 marzo 2020 (URL: https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/futuras-normas/la-sustitucion-ejemplar-en-el-anteproyecto-de-ley-sobre-discapacidad/).

Oria Almudí, Joaquín: «Disposiciones voluntarias sobre la tutela o la curatela. Prioridad entre medidas de apoyo y su publicidad», en *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, Bayod López (coord.), Colex, La Coruña, 2024, pp. 91-110.

Pallarés Neila, Javier: «El ejercicio de la nueva curatela», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Pereña Vicente y Heras Hernández (dtoras.), Núñez Núñez (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 257-280.

Parra Lucán, M. Ángeles: «§ 21. La fiducia sucesoria», en *Manual de Derecho civil aragonés*, Delgado Echeverría (dtor.), Parra Lucán (coord.), 4.ª ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 587-612.

— «Contratación y discapacidad: La reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad», en *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas,* Castro-Girona Martínez, Cabello de Alba Jurado y Pérez Ramos (coords.), Fundación Notariado, Madrid, 2022, vol. 2, pp. 325-355.

Pastor Palomar, Nuria: «Reservas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 37, 2019, pp. 11-34.

Pereña Vicente, Monserrat: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de ley», *Revista de Derecho Civil* (*RDC*), 2018, vol. V, núm. 3. 2018, pp. 61-83.

— «El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil», en *Principios y preceptos de la reforma de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política,* Munar Bernat (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 195-241.

— «La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, actuación y remoción», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 125-160, (2022a a efectos e cita).

— «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Pereña Vicente y Heras Hernández (dtoras.), Núñez Núñez (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 155-184 (2022b, a efectos de cita).

Platero Alcón, Alejandro: «Notas críticas sobre la reciente interpretación jurisprudencial de la curatela», *Revista Jurídica del Notariado* (*RJN*), núm. 119, 2024, p. 249-303.

Quesada González, Corona: «Las medidas de naturaleza voluntaria», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dtores.), Ruiz-Rico Ruiz (coord.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 243-270.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio: «Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva regulación legal: Reflexiones iniciales», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dtores.), Ruiz-Rico Ruiz (coord.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 21-42.

REPRESA POLO, M. Patricia: «Las medidas de apoyo de la discapacidad. Sistema general (III): la curatela de los discapacitados», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dtores.), Ruiz-Rico Ruiz (coord.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 271-308.

RIBOT IGUALADA, Jordi: «La nueva curatela diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento», en *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad,* De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dtoras.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 215-252.

— «Comentario a los artículos 256 a 262 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero (dtora.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 578-647.

RUIZ ALONSO, Gustavo: «La curatela representativa con guarda de hecho previa: problemas aplicativos», *Diario La Ley*, núm. 10390, 2023 (versión electrónica).

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «La absoluta preeminente de la voluntad del discapacitado: determinación y su verdadero alcance. Supuestos posibles en los que no funcionará la voluntad actual o hipotética del discapacitado», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dtores.), Ruiz-Rico Ruiz (coord.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 127-160 (2022a, a efectos de cita).

— «La guarda de hecho. Características básicas y condiciones de funcionamiento. Supuestos posibles de guarda de hecho», *Ibidem*, pp. 309-332 (2022b, a efectos de cita).

— «El régimen jurídico de la guarda de hecho», *Ibidem*, pp. 291-308 (2022c, a efectos de cita).

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Comentario al artículo 408 CDFA», en *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Bayod López y Serrano García (coords.), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 608-610.

— «Capacidad jurídica de las personas con discapacidad», en *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, Bayod López (coord.), Colex, La Coruña, 2024, pp. 34-60.

— «Validez de actos y contratos de la persona con discapacidad», *Actualidad del Derecho en Aragón* (*ADA*), núm. 55, 2024, p. 10.

SOLÉ RESINA, Judith: «Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho», *La Ley Derecho de familia*, núm. 31, 2021, pp. 1-15.

TORAL LARA, Estrella: «El defensor judicial de las personas con discapacidad», en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Verda y Beamonte (dtor.) Chaparro Matamoros y Bueno Biot (coords.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 299-340.

VALLS I XUFRÉ, Josep: «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Pereña Vicente y Heras Hernández (dtoras.), Núñez Núñez (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 85-154.

— «El poder preventivo en Derecho interregional», *Revista Española de Derecho Internacional* (*REDI*), vol. 75, núm. 2, 2023, pp. 417-428.

VAQUERO PINTO, M. José: «Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial de la sociedad conyugal de gananciales», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda y López Simó (dtores.), Dykinson-Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 837-881.

VELILLA ANTOLÍN, Natalia: «Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad», *El Notario del siglo XXI*, núm. 101, 2022 (versión electrónica).

VIVAS TESÓN, Inmaculada: «El ejercicio de los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad», en *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad,* De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dtoras.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 409-444.

— «La curatela como principal medida judicial de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica: fundamento y claves de su nuevo régimen legal», en *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas,* Castro-Girona Martínez, Cabello de Alba Jurado y Pérez Ramos (coords.), Fundación Notariado, Madrid, 2022, vol. 1, pp. 485-529.

ZABALA GUADALUPE, Cristina: «La publicidad registral de las medidas de apoyo», en *Actualidad del Derecho en Aragón* (*ADA*), núm. 55, 2024, p. 17.

DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA

COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL: *Actas correspondientes a la elaboración del Anteproyecto de modificación del Código del Derecho foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas: actas 281 a 330, 29 junio 2022 a 13 diciembre 2023,* (inéditas).

— *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de modificación puntual del Libro III relativo a las sucesiones por causa de muerte*, 20 julio 2022 (inédito).

— *Informe técnico de viabilidad de las propuestas presentadas en el trámite de audiencias legislativas a la Ponencia del Proyecto de ley de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas*, 26 abril 2024 (inédito).

COMISIÓN DE ÉTICA Y LEGISLACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA: *Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad,* 2016 (URL: https://amsmblog.files.wordpress.com/2016/06/03-aen-reforma-legislaciocc81n.pdf).

COMISIÓN PERMANENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO: *Circular informativa 2/2021, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

— *Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.*

— *Circular informativa 1/2023, de 27 de mayo, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021).*

Comité de Bioética de España: *Informe sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad,* 2017 (URL: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_final_CDPD.pdf).

Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: *Observaciones generales* (URL: http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/).

— *Observaciones finales a España 2011* (URL: https://www.refworld.org/es/pol/obspais/crpd/2011/es/103008).

— *Observaciones finales a España*, 2019 (URL: https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhslxq2MulDp%2FqMKQ6SGOn0%2FM2iqPHauvLINGLuCsnFfZ4vRELH5%2FNh4FYriSa2QosgWlomBNlf3Iidy8dmP2sajaD4jyCm5OYfQAamFv1l%2F5o.

Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores: Madrid, 27 y 28 de septiembre de 2021 (URL: https://www.fiscal.es/documents/20142/14).

Consejo de Europa: *Recomendación (2009) 11 sobre principios relativos a los poderes permanentes y directivas anticipadas relacionadas con la discapacidad* (URL: https://rm.coe.int/16807096b6).

Consejo General del Poder Judicial: *Documento definitivo del grupo de trabajo del Consejo General del Poder Judicial sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria,* s.f. (URL: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Actividades/Cursos/Grupo-de-trabajo-sobre-el-nuevo-sistema-de-provision-judicial-de-apoyos-a-personas-con-discapacidad-y-su-aplicacion-transitoria--Cod--EX2201-).

Gobierno de Aragón: *Memoria justificativa del Anteproyecto de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas* de 24 enero 2024 (URL: https://ecomisiones.cortesaragon.es/index.php?option=com_content&view=article&layout=edit&id=5635&Itemid=257).

Grupo de trabajo Fiscalía General del Estado y Asociaciones bancarias: *Documento interpretativo al protocolo marco entre FGE y Asociaciones bancarias. Documento 1. La guarda de hecho en la Ley 8/2021*, 2023 (URL: https://s2.aebanca.es/wp-content/uploads/2023/07/documento-interpretativo-al-protocolo-marco-entre-fge-y-asociaciones-bancarias–.pdf).

Guía Notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad de la Unión Internacional del Notariado *(Comisión de derechos humanos)*, 2020 (URL: https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec).

ANEXO JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL SUPREMO

- STS núm. 21 de 17 enero 2003 (CENDOJ, Roj: STS 127/2003. Ponente: C. Auger Liñán).
- STS núm. 363 de 17 mayo 2004 (CENDOJ, Roj: STS 3328/2004. Ponente: J. R. Ferrandiz Gabriel).
- STS núm. 339 de 5 junio 2012 (CENDOJ, ROJ: STS 3800/2012. Ponente: A. Salas Carceller).
- STS núm. 441 de 30 junio 2016 (CENDOJ, ROJ: STS 2995/2016. Ponente: E. Baena Ruiz).
- STS núm. 341 de 1 julio 2014 (CENDOJ, Roj: STS 3168/2014. Ponente: I. Sancho Gargallo).
- STS núm. 2 de 10 enero 2018 (CENDOJ, Roj: STS 56/2018. Ponente: M. A. Parra Lucán).
- STS núm. 589 de 8 septiembre 2021 (CENDOJ, Roj STS 327/2021. Ponente: E. de Porres Ortiz de Urbina).
- STS núm. 706 de 19 octubre 2021 (CENDOJ, Roj STS 3770/2021. Ponente: J. L. Seoane Spiegelberg).
- STS núm. 734 de 2 noviembre 2021 (CENDOJ, Roj STS 4003/2021. Ponente: J. L. Seoane Spiegelberg).
- STS núm. 899 de 21 diciembre 2021 (CENDOJ, Roj STS 4879/2021. Ponente: J. L. Seoane Spiegelberg).
- STS núm. 964 de 21 diciembre 2022 (CENDOJ, Roj STS 4791/2022. Ponente: M. A. Parra Lucán).
- STS núm. 66 de 23 enero 2023 (CENDOJ, Roj STS 1291/2023. Ponente: M. A. Parra Lucán).
- STS núm. 156 de 3 febrero 2023 (CENDOJ, Roj STS 816/2023. Ponente: J. L. Seoane Spiegelberg).
- STS núm. 1443 de 20 octubre 2023 (CENDOJ, Roj STS 4212/2023. Ponente: I. Sancho Gargallo).
- STS núm. 1444 de 20 octubre 2023 (CENDOJ, Roj STS 4129/2023. Ponente: M. A. Parra Lucán).
- STS núm. 757 de 29 mayo 2024 (CENDOJ, Roj STS 3298/2024. Ponente: J. L. Seoane Spiegelberg).
- STS núm. 854 de 12 junio 2024 (CENDOJ, Roj STS 3430/2024. Ponente: I. Sancho Gargallo).
- STS núm. 875 de 18 junio 2024 (CENDOJ, Roj STS 3527/2024. Ponente: I. Sancho Gargallo).
- STS núm. 1143 de 18 septiembre 2024 (CENDOJ, Roj STS 4400/2024. Ponente: I. Sancho Gargallo).
- STS núm. 1188 de 24 septiembre 2024 (CENDOJ, Roj STS 4661/2024. Ponente: I. Sancho Gargallo).
- STS núm. 1449 de 4 noviembre 2024 (CENDOJ, Roj STS 5267/2024. Ponente: M. A. Parra Lucán).
- STS núm. 1669 de 12 diciembre 2024 (CENDOJ, Roj STS 6246//2024. Ponente: J. L. Seoane Spiegelberg).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

– STSJ de Aragón núm. 1 de 4 enero 2013 (CENDOJ, Roj STSJ AR 1/2013. Ponente: C. Samanes Ara).
– STSJ de Aragón núm. 32 de 11 julio 2013 (CENDOJ, Roj STSJ AR 1002/2013. Ponente: E. Molins García-Atance).
– STSJ de Aragón núm. 13 de 27 febrero 2013 (CENDOJ, Roj STSJ AR 8/2013. Ponente: F. Zubiri de Salinas).
– STSJ de Aragón núm. 27 de 18 julio 2014 (CENDOJ, Roj STSJ AR 895/2014. Ponente: I. Martínez Lasierra).
– STSJ de Aragón núm. 33 de 21 octubre 2014 (CENDOJ, Roj STSJ AR 1384/2014. Ponente: I. Martínez Lasierra).
– STSJ de Aragón núm. 25 de 14 octubre 2016 (CENDOJ, Roj STSJ AR 1402/2016. Ponente: M. Bellido Aspas).
– STSJ de Aragón núm. 2 de 12 febrero 2021 (CENDOJ, Roj STSJ AR 145/2021. Ponente: F. Zubiri de Salinas).

AUDIENCIAS PROVINCIALES CON SEDE EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

– SAP de Zaragoza núm. 477 de 29 julio 2008 (CENDOJ, Roj SAP Z 2050/2008. Ponente: F. Acín Garos).
– SAP de Zaragoza núm. 122 de 6 de marzo de 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z 88/2013. Ponente: F. Acín Garos).
– SAP de Zaragoza núm. 306 de 11 de junio de 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z 1344/2013. Ponente: F. Acín Garos).
– SAP de Huesca núm. 233 de 30 de diciembre de 2014 (CENDOJ, Roj SAP HU 399/2014. Ponente: A. Angós Ullate).
– SAP de Teruel núm. 9 de 24 marzo 2015 (CENDOJ, Roj SAP TE 36/2015. Ponente: F. Hernández Gironella).
– SAP de Teruel núm. 14 de 29 abril 2015 (CENDOJ, Roj SAP TE 60/2015. Ponente: M. T. Rivera Blasco).
– SAP de Zaragoza núm. 13 de 16 enero 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 182/2018. Ponente: L. A. Gil Nogueras).
– SAP de Zaragoza núm. 208 de 17 de abril de 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 939/2018. Ponente: M. E. Mata Albert).
– SAP de Zaragoza núm. 504 de 9 de noviembre de 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 2139/2018. Ponente: J. I. Pérez Burred).
– SAP de Zaragoza núm. 586 de 14 de marzo de 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z 1054/2019. Ponente: R. Carnicero Giménez de Azcarate).
– SAP de Zaragoza núm. 417 de 18 noviembre 2024 (CENDOJ, Roj SAP Z 2313/2024. Ponente: M. E. Mata Albert).
– SAP de Zaragoza núm. 538 de 20 enero 2025 (CENDOJ, Roj SAP Z 341/2025. Ponente: M. E. Mata Albert).

De nuevo sobre el defecto del producto. Análisis del artículo 7 de la Directiva (UE) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos

JOSEP SOLÉ FELIU[1]
Catedrático de Derecho civil
Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado
Universidad de Girona

RESUMEN

El DOUE de 8 de noviembre de 2024 publicó la nueva Directiva (UE) 2024/2853, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la anterior Directiva 85/374/CEE del Consejo. La noción de producto defectuoso se encuentra en el artículo 7 del nuevo texto legal. El nuevo precepto parte de una definición bastante parecida a la de la Directiva anterior, aunque introduce alguna modificación y amplía sustancialmente el número de circunstancias evaluables en la determinación del defecto para adaptarlo a los retos que presentan las nuevas tecnologías y, particularmente, los sistemas de inteligencia artificial. A partir de un análisis sistemático del nuevo texto normativo, este trabajo profundiza en la interpretación de los distintos elementos que componen la definición de producto defectuoso, sobre la base de las elaboraciones de la doctrina y la jurisprudencia europeas relativas a la anterior Directiva de 1985 y los materiales prelegislativos que han servido de base al nuevo texto legal. Una primera idea fuerza es que si, como se afirma en el propio preámbulo (cdo. 2), el régimen que establece la Directiva es un régimen de responsabilidad objetiva, la interpretación de la noción de defecto y de las circunstancias a considerar debe tender a hacerse conforme a criterios lo más objetivos posibles. También se sostiene que la definición de

[1] Josep Solé Feliu (josep.sole@udg.edu). Esta publicación ha sido realizada en el marco del proyecto de investigación PID2022-136571NB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con el título «Dificultades y Retos de la reforma de la responsabilidad extracontractual», cuyos IP son los profesores Miquel Martín-Casals y Josep Solé Feliu. ORCID ID: http://orcid.org/0000-0002-6480-6113

defecto, basada en el test de las expectativas de seguridad y de carácter normativo, es lo suficientemente amplia como para incluir las tres categorías clásicas de defecto y no impide tomar en consideración el llamado test de riesgo-utilidad, a pesar de no estar expresamente contemplado entre las circunstancias enumeradas en el artículo 7. Este trabajo no aborda las reglas relativas a la prueba del defecto contenidas en los artículos 9 y 10 de la Directiva, cuyo análisis específico requeriría una profundidad y extensión semejantes.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad del fabricante. Responsabilidad por productos defectuosos. Defecto del producto. Seguridad del producto.

Again on the defect of the product. Analysis of article 7 of Directive (EU) 2024/2853 of 23 October 2024 on liability for defective products

ABSTRACT

The Official Journal of the European Union (OJEU) of 8 November 2024 published the new Directive (EU) 2024/2853 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on liability for defective products and repealing Council Directive 85/374/EEC. The notion of a defective product is found in article 7 of the new Directive in similar terms to those provided by 1985 Directive. The new text introduces some modifications and expands substantially the number of circumstances considered in the assessment of the defect given the challenges posed by new technologies and, particularly, IA. Based on a systematic approach of the new regulatory text, this paper addresses the analysis of the elements that make up the definition of defective product. By doing this, it considers the European scholarship and case law developed within the framework of the former 1985 Directive and the existing pre-legislative materials with respect to the new text. A first key point says that, if, as stated in the preamble itself (n. 2), strict liability is the regime of liability provided by the Directive, the interpretation of the defect and the circumstances to be considered should be based on the most objective criteria. It is also sustained that the definition of defect, grounded on the safety expectations test, is broad enough to include the three classical categories of defect. Similarly, it also allows the risk-utility test to be included in the assessment, despite not being expressly mentioned among the circumstances listed in Article 7. This paper does not address rules of proof provided in articles 9 and 10 of the Directive, whose specific analysis would require similar scope and depth.

KEY WORDS

Product liability. Producer's liability. Product defect. Product safety.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *El régimen de responsabilidad objetiva y el defecto del producto en la Directiva.*–III. *La definición de defecto y las expectativas de seguridad.* 1. Defecto de seguridad. 2. Las expectativas objetivas de seguridad: el defecto del producto como concepto objetivo y normativo. 3. Expectativas de seguridad y tipología de defectos. 4. Defecto, falta de seguridad y Derecho de la Unión o nacional.–IV. *Las circunstancias evaluables en la determinación del defecto.* a) La presentación y las características del producto, incluidos su etiquetado, diseño, características técnicas, composición y envase, y las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento; b) El uso razonablemente previsible del producto; c) El efecto en el producto de toda capacidad de seguir aprendiendo o adquirir nuevas características después de su introducción en el mercado o puesta en servicio; d) El efecto razonablemente previsible en el producto de otros productos de los que se pueda esperar que se utilicen junto con el producto, también mediante interconexión; e) El momento en que el producto fue introducido en el mercado o puesto en servicio o, si el fabricante conserva el control sobre el producto después de ese momento, el momento en que el producto dejó de estar bajo el control del fabricante; f) Los requisitos de seguridad del producto pertinentes, incluidos los requisitos de ciberseguridad pertinentes para la seguridad; g) Cualquier retirada del producto o cualquier intervención pertinente relacionada con la seguridad de los productos por parte de una autoridad competente o de un operador económico contemplado en el artículo 8; h) Las necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto; i) En el caso de un producto cuya finalidad sea precisamente evitar daños, el eventual incumplimiento de dicha finalidad por parte del producto.–V. *Otras circunstancias evaluables.* 1. La naturaleza del producto. 2. El precio del producto. 3. El análisis riesgo-utilidad.–VI. *La regla del producto mejorado (o producto más perfeccionado).*–VII. *Conclusiones.*–*Bibliografía.*–*Sentencias citadas.*

I. **INTRODUCCIÓN**

El Diario Oficial de la Unión Europea de 8 de noviembre de 2024 publicó el texto de la nueva Directiva (UE) 2024/2853, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, *sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo*[2]. La entrada en vigor de la norma se produjo a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial europeo (art. 23), si bien los Estados miembros disponen de margen para su transposición

[2] https://www.boe.es/doue/2024/2853/L00001-00022.pdf [Fecha de consulta: 29 de abril de 2025]; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32024L2853 [Fecha de consulta: 27 de febrero de 2025].

interna, que deberá hacerse, según dispone el artículo 22.1 de la Directiva, «a más tardar, el 9 de diciembre de 2026»[3].

La definición de producto defectuoso se encuentra en el artículo 7 de la Directiva, en unos términos que no difieren sustancialmente de la noción unitaria de defecto contenida en el artículo 6 de la anterior Directiva de 1985. Sin embargo, el nuevo texto legal incorpora algunas modificaciones significativas, tanto en la definición misma, como en la enumeración de las circunstancias relevantes para la valoración del defecto que amplían y, en algunos casos, alteran, el alcance de la noción. Así, bajo la rúbrica «Carácter defectuoso», el nuevo precepto dispone que:

«1. Un producto se considerará defectuoso cuando no ofrezca la seguridad que una persona tiene derecho a esperar y que se exige asimismo en virtud del Derecho de la Unión o nacional.

2. Al valorar el carácter defectuoso de un producto, se tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluso:

a) la presentación y las características del producto, incluidos su etiquetado, diseño, características técnicas, composición y envase, y las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento;

b) el uso razonablemente previsible del producto;

c) el efecto en el producto de toda capacidad de seguir aprendiendo o adquirir nuevas características después de su introducción en el mercado o puesta en servicio;

d) el efecto razonablemente previsible en el producto de otros productos de los que se pueda esperar que se utilicen junto con el producto, también mediante interconexión;

e) el momento en que el producto fue introducido en el mercado o puesto en servicio o, si el fabricante conserva el control sobre el producto después de ese momento, el momento en que el producto dejó de estar bajo el control del fabricante;

f) los requisitos de seguridad del producto pertinentes, incluidos los requisitos de ciberseguridad pertinentes para la seguridad;

g) cualquier retirada del producto o cualquier intervención pertinente relacionada con la seguridad de los productos por parte de una autoridad competente o de un operador económico contemplado en el artículo 8;

h) las necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto;

[3] Un primer comentario sobre el nuevo texto legal puede verse en Piovano, Hess, 2024.

i) en el caso de un producto cuya finalidad sea precisamente evitar daños, el eventual incumplimiento de dicha finalidad por parte del producto.

3. Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que un producto mejor, incluidas las actualizaciones o mejoras para un producto, ya se haya introducido en el mercado o puesto en servicio, o se introduzca en el mercado o se ponga en servicio posteriormente».

II. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y EL DEFECTO DEL PRODUCTO EN LA DIRECTIVA

Siguiendo el modelo marcado por la Directiva de 1985[4], la actual Directiva de 2024 establece un régimen de responsabilidad objetiva por los daños causados por productos defectuosos[5]. Así se reconoce en el mismo preámbulo de la Directiva, cuyo cdo. 2 señala que «[L]a responsabilidad objetiva de los operadores económicos sigue siendo el único medio de abordar adecuadamente el problema de un reparto justo del riesgo inherente a la producción técnica moderna»[6]. Conforme a ello, el legislador europeo no requiere probar la culpa de los operadores económicos potencialmente responsables y considera suficiente la prueba del daño, del defecto en el producto y de la relación de causalidad entre el defecto y el daño (art. 10.1 Directiva)[7]. En relación con la Directiva anterior, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también ha venido reconociendo que «la responsabilidad que establece la Directiva (…), es una responsabilidad objetiva»[8].

Según el preámbulo de la nueva Directiva, el régimen de responsabilidad objetiva se fundamenta en un «reparto justo del riesgo inherente a la producción técnica moderna». Sin embargo, ciertos sectores de la doctrina ponen en duda esta calificación y entienden

[4] Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1985, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* (*DOCE* núm. 210, de 7 de agosto de 1985).

[5] Así lo reconocen, en relación con la Propuesta de Directiva de 2022, los autores que se han pronunciado sobre la cuestión: entre otros, Gómez Ligüerre, *Indret* 4/2022, pp. 5-6; Martín Casals, *Indret* 3/2023, p. 70; González Beluche, *CDT*, 2023, pp. 447, 454; Atienza Navarro, *Indret* 2/2023, pp. 5-6.

[6] La misma idea se reitera en los cdos. 6, 9, 13 o 17 del mismo preámbulo.

[7] Piovano, Hess, 2024, Rn. 2, p. 84. Para la Directiva anterior, entre otros, Parra Lucán, 2014, p. 204.

[8] Entre otras, STJCE 10.1.2006, *Skov y Bilka,* Asunto C-402/03, n. 4, 19, 20; anteriormente, STJCE 29.5.1997, *Comisión v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte,* Asunto C-300/95.

que el requisito del defecto en el producto sugiere que el fabricante ha hecho «algo mal» al incumplir, al menos, un estándar de conducta objetivo, consistente no adoptar un diseño más seguro (defecto de diseño), apartarse del diseño establecido (defectos de fabricación) o no incorporar las advertencias necesarias para evitar el daño (defecto de información)[9]. De este modo –afirman– si bien no puede decirse que el régimen de la Directiva sea un régimen de responsabilidad por culpa (entendida ésta en el sentido de reproche subjetivo hacia el demandado), sí lo sería desde el punto de vista de una culpa objetiva (infracción de un estándar objetivo de conducta) o, por decirlo de otro modo, de antijuridicidad de la conducta[10].

Sin dejar de reconocer que estas críticas puedan tener parte de razón, es difícil concluir que el régimen de la Directiva es de responsabilidad por culpa cuando en su propio preámbulo (cdo. 2) se expresa lo contrario, y cuando ninguna de sus disposiciones requiere probar la culpa como presupuesto de la responsabilidad (art. 10.1) ni la prueba de la diligencia se contempla como causa de exoneración de la responsabilidad (art. 11)[11].

Cualquier régimen de responsabilidad por culpa tiene como eje central el análisis de la conducta del responsable. En cambio, el sistema de la Directiva abandona el enfoque de la culpa y encuentra en el defecto del producto el factor de atribución de la responsabilidad, de modo que «el centro de gravedad deja de ser la conducta negligente (cómo se ha fabricado el producto) y pasa a ser la noción de defecto del producto (cómo es el producto)»[12]. No se responde por el hecho de que el operador económico haya hecho algo mal, aunque tampoco puede hablarse de un régimen de responsabilidad objetiva en el que se responda por el simple hecho de que un producto cause un daño.

El régimen de la Directiva exige un elemento de anormalidad en el sistema, que es el carácter defectuoso del producto y que haya sido, precisamente, ese defecto, el que haya causado el daño. Por lo demás, el defecto no se define en función de lo razonablemente previsible para el fabricante o para el operador económico potencialmente responsables, que sería una opción más propia de la

[9] Por todos, véase Mayrhofer, *Revista Electrónica de Direito (RED),* 2024, pp. 110-111; Hacker, *Computer Law & Security Review,* 2023, p. 30).

[10] Entre otros, MünchKomm, Wagner, 2004, Rdn. 21-22, pp. 2359-2360. En palabras de Kötz, Wagner, 2016, Rn. 614, p. 250: «es solo una *façon de parler* decir que el producto tiene un defecto o que el fabricante ha producido de manera defectuosa (negligente) el producto».

[11] Para la anterior Directiva, Parra Lucán, 2014, p. 204.

[12] En relación con la transposición de la Directiva anterior en el TRLGDCU, Pasquau Liaño, 2011, pp. 1844-1845. O, como lo explica MünchKomm, Wagner, 2004, p. 2357, «lo relevante es el defecto del producto, no la conducta defectuosa individual».

culpa, sino conforme a la expectativa de seguridad del «gran público», tal y explica el cdo. 30 del preámbulo.

Mientras que el foco se centre en el producto y no en la conducta del operador económico, el régimen se mantiene dentro del ámbito de la responsabilidad objetiva, aunque se requiera el citado elemento de anormalidad en el producto (el defecto), que impide atribuir responsabilidad por el simple hecho de que un producto o una actividad hayan causado un daño[13]. En este sentido, el régimen se diferencia del previsto para los daños causados por animales (cfr. art. 1905 CC) o por la circulación de vehículos a motor (art. 1 LRCSCVM[14]), en cuyo caso el fundamento de la responsabilidad sin culpa parece encontrarse más bien en la mera creación del riesgo por parte del bien o de la actividad[15]. En ellos, se responde con independencia del carácter anormal o defectuoso de los mismos.

El hecho de que el régimen de la Directiva incorpore un buen número de causas de exoneración (art. 11 Directiva) o incluso algunos elementos de cierta subjetividad («razonable previsibilidad»), como ocurre en algunas de las circunstancias enumeradas en el artículo 7.2 para evaluar el defecto [p. ej. art. 7.2.b), d)], no supone necesariamente abandonar el régimen de responsabilidad objetiva y entrar en el terreno de la culpa[16]. Como señala la doctrina comparada, la delimitación entre uno y otro régimen de responsabilidad no suele manifestarse nunca de forma tajante, sino más bien «como un *continuum* formado por reglas tradicionales de responsabilidad por culpa, en su caso, convenientemente matizadas por la jurisprudencia, reglas de responsabilidad objetiva con variantes, según las excepciones admisibles en cada supuesto y, por último, supuestos excepcionales de responsabilidad absoluta»[17]. En el caso de la Directiva, la voluntad del legislador

---

[13] En la doctrina alemana, algunos autores defienden que el carácter defectuoso (de un bien o de una instalación) es una de las razones por las que el legislador puede establecer regímenes de responsabilidad objetiva, como ilustra el caso de la Directiva de productos defectuosos, o bien el régimen aplicable en Alemania al poseedor de una instalación destinada a producir o transportar electricidad, gases, vapores o líquidos, cuando el daño no haya sido consecuencia de un efecto mismo de estos elementos, en cuyo caso responderá el poseedor de la instalación, «a menos que la instalación estuviera en correcto funcionamiento en el momento en que se produjo el daño» (§ 2 I 2 *Haftpflicht Gesetz*) (en este sentido, Fedtke, Magnus, 2002, núm. 27, p. 157.

[14] Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (*BOE* núm. 267, de 05.11.2004).

[15] Martín-Casals, Ribot, Solé, 2002, n. 80, p. 301.

[16] En nuestra doctrina, también opina Pasquau Liaño que, en relación con el concepto de defecto previsto en el artículo 135 TRLGDCU, «los conceptos de previsibilidad y evitabilidad del daño no funcionan aquí como en el marco de una responsabilidad basada en la culpa» (Pasquau Liaño, 2011, p. 1863).

[17] Martín-Casals, Ribot Igualada, 2003, p. 829. En el derecho comparado, este *continuum* entre ambos regímenes y sus distintas gradaciones con la existencia de «zonas

europeo está clara y se expresa nítidamente en el preámbulo, a pesar de todas las variantes y límites que el propio legislador haya podido establecer en el régimen de responsabilidad objetiva (como es el requisito del defecto, en tanto que elemento de anormalidad en el sistema; la valoración del defecto a partir de un listado determinado de circunstancias; o la existencia de una amplia variedad de causas de exoneración, incluida la exoneración por riesgos del desarrollo).

III. LA DEFINICIÓN DE DEFECTO Y LAS EXPECTATIVAS DE SEGURIDAD

De acuerdo con el artículo 7 de la Directiva «[U]n producto se considerará defectuoso cuando no ofrezca la seguridad que una persona tiene derecho a esperar y que se exige asimismo en virtud del Derecho de la Unión o nacional». La primera parte de la definición coincide con la definición de defecto contemplada en la Directiva anterior, cuyo artículo 6.1 establecía que un producto era defectuoso «cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho»[18], si bien se elimina –acertadamente– del texto la alusión a la «legitimidad» de la expectativa[19] y se sustituye por la seguridad «que una persona tiene derecho a esperar». A la seguridad esperada, el nuevo precepto añade ahora la consideración de la seguridad requerida por el «Derecho de la Unión o nacional», extremo que se analizará más adelante [véase *infra* epígrafes III.4 y IV letras f) y g)].

1. DEFECTO DE SEGURIDAD

La configuración del defecto en términos de falta de seguridad pone de manifiesto cómo el interés típicamente protegido por la Directiva de productos defectuosos es un interés de indemnidad. Su principal función consiste en proteger tanto la integridad física y psíquica del perjudicado como la integridad de sus bienes, incluidos los datos, siempre y cuando no se utilicen

---

grises» entre ellas, se constata también en Koch, Koziol, 2002, pp. 432-435.

[18] El actual artículo 137.1 TRLGDCU acoge la definición en los siguientes términos: «[S]e entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar».

[19] Calificativo que había dado lugar a dificultades interpretativas y que algunos autores identificaban con «conforme a derecho» y no como meramente «razonable», «justo» o «conforme a razón» (Salvador Coderch, Ramos González, 2008, p. 147).

exclusivamente con fines profesionales (cfr. art. 6.1.b.iii) y c) Directiva). De este modo, queda fuera del ámbito de protección de la Directiva la lesión de intereses tales como el valor de uso o la utilidad del producto[20], cuya tutela deberá llevarse a cabo a través de los remedios típicos de la esfera contractual[21], aunque ello no impide que, en algunos casos, puedan concurrir, al mismo tiempo, un interés de utilidad y un interés de indemnidad o de seguridad. Así ocurre en los casos de alarmas antiincendios, detectores de humos, insecticidas o programas antivirus ineficaces, que no impiden la producción de aquellos daños que la utilidad principal del producto pretendía precisamente evitar[22]. A ellos se refiere la circunstancia prevista en la letra i) del artículo 7.2 Directiva y sobre ella se profundizará más adelante [*vide infra* epígrafe IV letra i)].

La interpretación de lo que constituye carácter defectuoso de un producto deberá hacerse, preferentemente, conforme a las disposiciones del Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE, y no tanto a partir de criterios propios de Derecho interno[23]. Ello, no solo porque no existe un concepto equiparable suficientemente desarrollado en los derechos nacionales de la responsabilidad extracontractual, sino también por el grado de detalle que proporciona el artículo 7 de la Directiva a la hora de establecer las circunstancias a tener en cuenta en la valoración de la existencia del defecto, además de la vocación armonizadora del Derecho de la UE y, particularmente, del artículo 3 de la propia Directiva («Nivel de armonización»)[24].

---

[20] Parra Lucán, 2014, p. 246.

[21] Cdo. 30 del preámbulo de la Directiva («Con objeto de proteger la salud y la propiedad de las personas físicas, el carácter defectuoso de un producto debe determinarse no por su falta de aptitud para el uso sino por no cumplir las condiciones de seguridad»). Esta es la razón por la que el daño al propio producto queda excluido del ámbito de protección de la Directiva de productos (art. 6.b.i), el cual deberá reclamarse a través de las garantías contractuales o las reglas propias del incumplimiento contractual. Para la anterior Directiva, Rolland, 1990, § 3, Rdn. 3-4, 23, pp. 123-124, 132-133; Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 4, p. 262 y artículo 6, Rdn. 1-3, pp. 289-291; Fairgrieve, 2016, pp. 50-51. En nuestro país, entre otros, Macía Morillo, 2022, pp. 1994-1995; Atienza Navarro, *Indret*, 2023, p. 12.

[22] Parra Lucán, 2014, p. 246; Rolland, *1990* § 3, Rdn. 25, p. 133; Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 19, p. 268. Sobre el debate en la doctrina alemana y austríaca, véase, con cierto detalle, Rabl, 2017, § 5, Rz. 106-116, pp. 158-161.

[23] La cuestión se discute en la doctrina alemana (por todos, Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 3, pp. 115-116).

[24] En efecto, la vocación armonizadora de la actual Directiva de 2024 es más fuerte incluso que la de la Directiva anterior, como resulta del texto del actual artículo 3 (Nivel de armonización): «Los Estados miembros no mantendrán ni introducirán, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, incluidas disposiciones más o menos estrictas, para alcanzar un nivel diferente de protección de los consumidores y de otras personas físicas, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva».

2. LAS EXPECTATIVAS OBJETIVAS DE SEGURIDAD: EL DEFECTO DEL PRODUCTO COMO CONCEPTO OBJETIVO Y NORMATIVO

El anterior artículo 6.1 de la Directiva limitaba la noción de defecto a la «seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho». El texto del actual artículo 7.1 Directiva 2024 amplia la perspectiva y, además de a «la seguridad que una persona tiene derecho a esperar», también se refiere a la seguridad «que se exige asimismo en virtud del Derecho de la Unión o nacional». El cambio es significativo y potencia la interconexión entre las normas reguladoras del derecho de la responsabilidad civil extracontractual y las normas nacionales y europeas sobre la seguridad de los productos, como se verá más adelante [véase *infra* epígrafe IV, letras f) y g)].

Ya en el marco de la anterior Directiva, se discutía si las expectativas «legítimas» de seguridad había que referirlas a la víctima concreta, al consumidor típico del producto o al público en general. A falta de indicación legislativa al respecto, se entendía mayoritariamente que la norma aludía a las expectativas generales del gran público (o de la generalidad)[25]. Se trataba de un concepto jurídico indeterminado[26], cuya concreción solo podía hacer la jurisprudencia, caso por caso y a la vista de las circunstancias concurrentes[27]. Lo mismo puede decirse en relación con la determinación de la «seguridad que una persona tiene derecho a esperar» del actual artículo 7.1 de la nueva Directiva[28], con respecto a la cual el cdo. 30 del preámbulo señala que se refiere a la «seguridad que el gran público tiene derecho a esperar y no referirse a la seguridad que una persona concreta tiene derecho a esperar»[29]. Se trata, pues, de una concepción del defecto objetiva y normativa[30], que tiene en cuenta la seguridad general que puede esperarse en el tráfico en relación con el tipo de producto en cuestión, lo cual es coherente

---

[25] Rolland, 1990, § 3, Rdn. 13, p. 127; Taschner, Frietsch, 1990, artículo 6, Rdn. 4, p. 291; Rabl, 2017, § 5, Rz. 11, 136; Fairgrieve *et al.*, 2016., p, 51; Macía Morillo, 2022, p. 2000.

[26] Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 14, p. 266; Gutiérrez Santiago, 2008, p. 84.

[27] Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 9-10, 14, pp. 264, 266 y artículo 6, Rdn. 5, p. 292; Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 5, p. 117; Rabl, 2017, § 5, Rz. 1, p. 134. En nuestra doctrina, entre otros, Solé Feliu, 1997, p. 99; Macía Morillo, 2022, p. 1995.

[28] Piovano, Hess, 2024, Rn. 10, p. 86 siguen calificando la expectativa de seguridad definida en el actual artículo 7 de la Directiva de 2024 como «concepto jurídico indeterminado».

[29] Cdo. 30 del preámbulo de la Directiva.

[30] En este mismo sentido, entre otros y, para la Directiva anterior, Salvador Coderch, Ramos González, 2008, p. 136; García-Micó, 2024, pp. 94-959.

con el hecho de que el régimen de responsabilidad tiene naturaleza extracontractual y que las partes, al menos *a priori*, no se conocen ni habrán tenido ocasión de acordar niveles particulares de seguridad[31]. En el bien entendido, además, de que la seguridad cero no existe y que nadie puede esperar una seguridad absoluta con respecto a ningún tipo de producto[32]. Al mismo tiempo, como observa Pasquau Liaño, el hecho de vincular el defecto a las expectativas de seguridad pone de manifiesto que la noción de producto no depende únicamente de una cualidad o característica material intrínseca al producto, sino de un elemento externo como son las citadas expectativas de seguridad con respecto al mismo[33].

Lo anterior no significa que no puedan tenerse en cuenta expectativas de seguridad más específicas cuando el producto, por su naturaleza o función, se dirige a una categoría de sujetos más o menos identificada, en cuyo caso el estándar de seguridad deberá adaptarse a esa categoría más específica[34]. Así lo admite ahora, de forma expresa, el propio artículo 7.2, letra h) de la Directiva al incluir, entre las circunstancias evaluables para determinar el defecto, la consideración de «la necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto».

De este modo, las expectativas del público en general funcionarán bien para productos de uso generalizado entre la población, lo cual no obsta para que, incluso en estos casos, el operador jurídico responsable deba contemplar la posibilidad de que, entre quienes usen, consuman o puedan entrar en contacto con el producto, se encuentren personas pertenecientes a potenciales grupos de riesgo, como personas alérgicas, menores de edad o usuarios sin experiencia previa que desconozcan los riesgos asociados al producto, siempre que se trate de grupos socialmente relevantes que puedan formar parte de las expectativas objetivas del público en general[35]. Si, por el contrario, el producto se dirige específicamente a un particular grupo de destinatarios, entonces deberá cumplir, de entrada, estándares de seguridad más elevados, que satisfagan las concretas expectativas de seguridad de este grupo en particular, principalmente

---

[31] Rolland, 1990, § 3, Rdn. 13, p. 12; Fairgrieve *et al*., 2016, p. 51.

[32] Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 9, p. 121,.

[33] Pasquau Liaño, 2011, p. 1850.

[34] Para la anterior Directiva, Rolland, 1990, § 5, Rz. 14, p. 137, para quien esto ocurre incluso cuando el producto está destinado a un grupo de destinatarios específicos, pero se suministra o prescribe a través de profesionales especializados. Por esta razón, por ejemplo, aunque un medicamento se prescriba a través de profesionales de la medicina, las instrucciones e informaciones contenidas en los prospectos se dirigen también a pacientes profanos, de modo que deben estar redactados en un lenguaje comprensible tanto para especialistas como para profanos. En nuestra doctrina, entre otros, Macía Morillo, 2022, p. 2000.

[35] Fairgrieve *et al*., 2016, p. 52; Parra Lucán, 2014, p. 250.

cuando pueda verse afectada la salud de las personas. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de determinados productos sanitarios, como se verá, con más detalle, al tratar el epígrafe IV, letra h).

En otro orden de ideas, resulta importante tener en cuenta que la Directiva no califica como defectuoso al producto meramente inseguro, sino solo a aquel que lo es más allá de lo que «una persona tiene derecho a esperar y que se exige en virtud del Derecho de la Unión o nacional» (art. 7.1 Directiva)[36]. El defecto determinante de la responsabilidad civil no es el resultado de un juicio meramente fáctico, limitado a las características materiales del producto (producto generador de riesgos), sino jurídico, basado en la falta de la seguridad aceptada socialmente (juicio de adecuación social) o que resulta de las normas jurídicas que se ocupan de la seguridad de los productos (juicio normativo). Por esta razón, no se califican como defectuosos productos que, a pesar de ser peligrosos o inseguros, ofrecen la seguridad que se espera de ellos, como es el caso de un cuchillo, una arma de fuego, unas tijeras de poda, una hoz o determinadas máquinas, pues se trata de riesgos conocidos por el público en general y aceptados socialmente[37].

3. EXPECTATIVAS DE SEGURIDAD Y TIPOLOGÍA DE DEFECTOS

Aunque, como se ha señalado anteriormente, la Directiva de productos mantiene el mismo enfoque de defecto unitario que su precedente de 1985 y renuncia a un análisis basado en la clásica tripartición norteamericana entre defectos de fabricación, de diseño y de información, no debe excluirse que, en los casos en que pueda identificarse el origen del defecto, éste influya en la formación de las expectativas de seguridad y facilite la prueba del carácter defectuoso del producto[38]. Como señala reconocida doctrina, el concepto de defecto previsto en la Directiva es lo suficientemente

[36] Para el texto de transposición española de la Directiva anterior, Macía Morillo, 2022, p. 1997.

[37] En relación con la Directiva anterior, Rolland, 1990, § 3, Rdn. 7, p 125; Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 18, p. 126; Solé Feliu, 1997, pp. 382 ss.

[38] Como ha escrito, en relación con la ley de transposición española, Parra Lucán, 2014, p. 254, «la dificultad de la prueba del carácter defectuoso otorga nueva relevancia a esta tipología. Porque, en efecto, la prueba de que un producto no ofrece la seguridad que legítimamente cabía esperar deberá concretarse (…) en la prueba de que el producto era defectuoso porque fue mal concebido o diseñado, o porque fue lanzado al mercado con falta de advertencias o instrucciones sobre su uso correcto, o porque fue elaborado de forma distinta a los demás de su serie productiva». Véase, también, Pasquau Liaño, 2011, p. 1862.

amplio como para incluir las tres categorías clásicas de defecto[39], y así lo pone de manifiesto la práctica jurisprudencial de los distintos Estados Miembros[40].

Así ocurre, por ejemplo, en relación con los llamados defectos de fabricación, que se producen cuando una unidad o unidades concretas del producto se apartan de los estándares de seguridad que siguen todas las unidades de su misma serie o que identifican el diseño originario del producto[41]. Estos defectos tienen lugar como consecuencia de fallos que se producen durante el proceso de fabricación y, en ocasiones, resultan inevitables, a pesar de que se apliquen los más avanzados sistemas de control de calidad y aunque el fabricante haya actuado con toda la diligencia exigible. Con respecto a ellos, es evidente que el público en general esperará que todas las unidades de la serie ofrezcan el mismo nivel de seguridad; o bien que cualquier unidad de un producto que se fabrique conforme a un diseño, ofrezca las mismas condiciones de seguridad. Cuando una o algunas de las unidades incumplan el nivel de seguridad esperado, podrá presumirse su carácter defectuoso, como resulta del actual artículo 137.2 TRLGDCU, el cual, en opinión de la doctrina mayoritaria, solo puede referirse a los defectos de fabricación[42].

---

[39] En relación con la Directiva anterior y la ley de transposición alemana, Taschner, Frietsch, 1990, artículo 6, Rdn. 10, p. 296, señalaban que «el concepto de defecto del artículo 6 [de la anterior Directiva de productos] incluye todas las categorías de defecto», unifica la regulación y evita, al mismo tiempo, la dificultad de definir cada una de las categorías específicas de defecto (también, § 3 de la ley de transposición alemana, § 3, Rdn. 5, p. 262). Del mismo modo, opinan Salvador Coderch, Ramos González, 2008, p. 136, que, aunque, a diferencia del enfoque norteamericano, la Directiva 85/374 presupone un concepto de defecto cuya naturaleza es más normativa que funcional, «no ignora la clasificación» entre las tres categorías de defecto. En la misma línea, también sostienen el carácter amplio de la definición de defecto en la ley de transposición española, inclusivo de la los distintos tipos de defecto, Parra Lucán, 2014, p. 254, o Solé Feliu, 1997, p. 583.

[40] Entre otros, Fairgrieve *et al.*, 2016, p. 53. Para la práctica jurisprudencial española, véanse las referencias citadas en Martín-Casals, Solé Feliu, 2016, pp. 419-420, notas a pie núm. 37-41; Gutiérrez Santiago, 2008, p. 81, nota a pie 140.

[41] Tal y como establecen Salvador Coderch, Ramos González, 2008, p. 137, «un producto se considera defectuosamente fabricado cuando, con independencia del grado de precaución adoptado por su fabricante, una o más de sus características difieren del estándar, proyecto o diseño pretendidos (…)». En igual sentido, Parra Lucán, 2014, p. 254.

[42] El texto del actual artículo 137.2 TRLGDCU se refiere a esta categoría de defecto cuando establece que, «En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie». Se trata de una norma que no estaba en la Directiva de 1985, pero que introdujo el legislador español, y que debe entenderse como una presunción *iuris tantum* de defecto, puesto que, de otro modo, supondría alterar la definición unitaria de defecto de la propia Directiva (Solé Feliu, 1997, pp. 609-610. Más matizadamente, Pasquau Liaño, 2011, p. 1857, opina que la regla del artículo 137.2 no tiene un valor exclusivamente procesal, sino que se trata de una norma que ejerce una función aclaratoria, pues supone una ejemplificación legal del concepto de defecto. Por este motivo, tiene un valor especial entre el conjunto de circunstancias que han de tenerse en cuenta en la valoración de si el producto ofrecía la seguridad legítimamente esperada. Se trataría, además, de una circunstancia con una importancia singular,

Probablemente, una disposición como la del artículo 137.2 TRLGDC no pueda tener cabida en el futuro texto de transposición de la actual Directiva de 2024, porque el artículo 10.2 de la misma, que introduce –como novedad– un listado de presunciones legales de defecto, no la incluye. Además, el artículo 3 de la Directiva (nivel de armonización) limita[43] en gran medida la autonomía de los legisladores nacionales a la hora de transponer la Directiva[44]. Eso no significa, sin embargo, que las partes no puedan hacer uso de una presunción semejante en el marco de la nueva Directiva ya que, si bien los legisladores nacionales no pueden añadir nuevas presunciones legales a las contempladas por el artículo 10.2, la presunción contenida en el actual artículo 137.2 TRLGDCU quedaría perfectamente embebida en la más amplia presunción legal de la letra c) del artículo 10.2 de la Directiva, cuando autoriza a presumir el carácter defectuoso del producto en los casos en que «el demandante demuestre que el daño fue causado por un mal funcionamiento manifiesto del producto durante un uso razonablemente previsible o en circunstancias normales»[45]. Así, la prueba, por el demandante, de que el concreto producto causante del daño ofrecía una seguridad inferior al resto de ejemplares de su misma serie, puede ser un modo de demostrar que «el daño fue causado por un mal funcionamiento manifiesto del producto durante un uso razonablemente previsible o en circunstancias normales». Por lo demás, nada obstaría a que la desviación con respecto al estándar de seguridad de la serie pudiera tomarse en consideración como indicio base que fundamente una presunción judicial de existencia de un defecto de fabricación.

Lo mismo ocurre con ciertos defectos de diseño relativos a productos, con respecto a los cuales existen diseños semejantes en el mercado: cualquier persona tiene derecho a esperar que todos los productos con diseños semejantes ofrezcan parecidos niveles

---

por operar de forma automática –«*en todo caso*»–). Por lo demás, como opinan Salvador Coderch, Ramos González, 2008, p. 141, no es preciso que exista serie alguna para que surja un defecto de fabricación, puesto que «el producto puede ser único y estar mal fabricado: únicamente es esencial que no se ajuste a su plan, patrón o diseño».

43 En la misma línea, Pérez García, 2025, p. 232.

44 Según dispone el Artículo 3 («Nivel de armonización»), «[L]os Estados miembros no mantendrán ni introducirán, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, incluidas disposiciones más o menos estrictas, para alcanzar un nivel diferente de protección de los consumidores y de otras personas físicas, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva».

45 El propio cdo. 46 de la Directiva ilustra la presunción legal de la letra c) del artículo 10.2 a partir del ejemplo de la botella que explota, que es uno de los ejemplos típicos de un producto que no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de su misma serie. De este modo, explica el preámbulo, un ejemplo de «funcionamiento defectuoso manifiesto» lo constituye el caso de «una botella de vidrio que explota durante su uso razonablemente previsible, ya que es innecesariamente gravoso exigir al demandante que demuestre la existencia de un defecto cuando las circunstancias son tales que su existencia es indiscutible».

de seguridad[46]. En este contexto, pueden ser relevantes los estándares establecidos en normas sobre seguridad de los productos, en conexión con la circunstancia explícitamente mencionada en la letra f) del artículo 7.2 de la nueva Directiva («los requisitos de seguridad del producto pertinentes»), aunque no solo, puesto que el estado del conocimiento científico y técnico puede haber seguido avanzando más allá de los requisitos de seguridad fijados en una norma técnica o jurídica y generar unas expectativas objetivas de seguridad que vayan más allá de estándares ya caducados. Por esta razón, en el caso de los defectos de diseño, si el fabricante quiere exonerarse deberá demostrar que el defecto no pudo detectarse de acuerdo con el estado del conocimiento científico y técnico existente en el momento en que el producto se puso en el mercado, se puso en servicio o dejó el control del fabricante [cfr. art. 11.1.e) Directiva][47].

En otros casos, en cambio, será más difícil identificar cuál es la expectativa de seguridad acerca de un determinado diseño, lo que ocurrirá en el supuesto de productos nuevos o diseños tecnológicamente complejos o que se encuentran a la vanguardia de la tecnología, con respecto a los cuales no existen todavía parámetros comparativos de referencia que permitan formarse una opinión clara con respecto a la seguridad esperada. Este será el caso de muchos sistemas de inteligencia artificial, la mayor parte de cuyos problemas tenderá a relacionarse con defectos de diseño[48]. En tales casos, centrar el análisis exclusivamente en el diseño tal vez aporte poco, además de ser costoso y complejo, por lo que tiene más sentido atenerse a la definición unitaria y general de defecto que sigue la Directiva, basada en la expectativa de seguridad del producto valorada en términos globales. Este enfoque permite tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes, entre las que no cabe excluir la toma en consideración, si se da el caso, de un análisis de riesgo-utilidad (sobre esta cuestión, véase *infra* epígrafe V.3)[49].

---

[46] Solé Feliu, 1997, pp. 663-665.

[47] Para la Directiva anterior, Rolland, 1990, § 3, Rdn. 9, p 125. En el bien entendido de que esta causa de exoneración (la llamada exoneración por riesgos del desarollo) no solo se aplica a los defectos de diseño.

[48] Como señala, en la doctrina, Hacker, «la mayoría de los casos referentes a responsabilidad por IA tendrá que ver con defectos de diseño» (Hacker, 2023, p. 15). En la misma línea, Martín-Casals, *Actualidad Jurídica,* 2024, p. 59.

[49] Tanto la jurisprudencia de algunos países europeos como relevantes sectores doctrinales sostienen que el análisis riesgo-utilidad puede jugar un papel relevante en la determinación de la seguridad esperada por el público en general en el marco de la Directiva europea (por todos, Santos Silva; Fairgrieve; Machnikowski; Borghetti; Keirse; Del Olmo; Rajneri; Schmon; Ulfbeck, Vallone & Zech, *ERPL 1-2021*, p. 129; Wagner, *Juristen Zeitung (JZ),* 2023, p. 5. En nuestra doctrina, también, Martín-Casals, 2024, p. 60, para quien no parece contradecir el test de las expectativas de seguridad previsto en la

En cuanto a los defectos de información, pueden adquirir relevancia a través de la circunstancia contemplada en la letra a) del artículo 7.2 Directiva, que se refiere a «la presentación y las características del producto, incluidos su etiquetado, diseño, características técnicas, composición y envase, y las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento» [sobre esta cuestión, véase, con más detalle, *infra* epígrafe IV, letra a)]. Todos ellos son aspectos que pueden generar determinadas expectativas de seguridad, bien fomentando expectativas superiores a las reales (defectos de información), o bien advirtiendo frente a riesgos derivados de determinados usos que, sin la advertencia, pasarían desapercibidos. Pese a ello, como se verá más adelante en relación con la presentación del producto, conviene tener en cuenta que las informaciones o advertencias no sirven para evitar la responsabilidad del fabricante por riesgos o defectos que podrían haberse evitado razonablemente de otro modo[50]. Además, como señala Parra Lucán en relación con la omisión de información, el defecto es relevante si, de haberse incluido la información, el accidente hubiera podido evitarse porque el consumidor o usuario hubieran podido actuar de forma distinta, incluida la decisión de no usar o consumir el producto[51].

4. DEFECTO, FALTA DE SEGURIDAD Y DERECHO DE LA UNIÓN O NACIONAL

Una de las novedades de la definición de defecto contenida en la nueva Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos es que la seguridad relevante para establecer el defecto no solo se refiere a la que «una persona tiene derecho a esperar» –criterio que ya acogía el anterior artículo 6.1 Directiva 1985–, sino que la regulación actual también evalúa la seguridad esperada a partir de lo establecido por el «Derecho de la Unión o nacional»[52]. Ambos

---

Directiva la toma en consideración de un test de riesgo-utilidad de carácter amplio, basado en una comparación global de los beneficios generales del producto, es decir, los que el público obtiene de la presencia del producto en el mercado con sus riesgos globales).

[50] Rolland, 1990, § 3, Rdn. 11, p 126, para quién, en tal caso, junto con la responsabilidad del fabricante por no eliminar el defecto de base, tal vez podría reducirse la indemnización por culpa concurrente de la víctima si el perjudicado no atendió adecuadamente a las advertencias (cfr. art. 13.2 Directiva).

[51] Parra Lucán, 2014, p. 255.

[52] Este elemento de la definición no se encontraba tampoco en el artículo 6.1 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* de 2022 (Bruselas, 28.9.2022, COM(2022) 495 final), que rezaba: «Un producto se considerará defectuoso cuando no ofrece la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias».

criterios no son alternativos, sino complementarios, en la medida en que, entre otros aspectos, se presupone que una persona tiene derecho a esperar, como mínimo, que los productos cumplen las exigencias y estándares de seguridad establecidos por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no todos los países tienen normas relativas a la seguridad de los productos, ni tampoco los estándares de seguridad son los mismos en cada uno de ellos, principalmente cuando se trata de países externos a la UE. Por esta razón, el legislador europeo limita la valoración a las normas jurídicas sobre seguridad establecidas por el Derecho de la Unión Europea y los respectivos ordenamientos nacionales de los Estados miembros, pensando en estándares de seguridad comunes a todos ellos [sobre esta cuestión, véase *infra* epígrafe IV, letra f)].

La introducción de este elemento en la definición del defecto pone de manifiesto la creciente conexión entre las normas sobre seguridad de los productos y las normas de responsabilidad civil, en el sentido de que el incumplimiento de aquellas y de los estándares de seguridad que establecen facilita apreciar la existencia de un defecto en el producto[53]. Sin embargo, conviene no olvidar que el llamamiento a las normas sobre seguridad de productos se realiza para configurar las expectativas de seguridad determinantes del defecto, pero no significa que el legislador equipare automáticamente falta de seguridad y defecto[54]. Por esta razón, si bien incumplir los estándares y requisitos de seguridad previstos por el derecho sobre seguridad de los productos de la UE o de los Estados miembros puede convertir al producto en defectuoso al defraudar las expectativas de seguridad, no es posible inferir, en cambio, la conclusión contraria[55]. La prueba del cumplimiento de la normativa europea o nacional sobre seguridad de productos por parte

---

[53] Martín-Casals, 2024, p. 59.

[54] Por ello, por ejemplo, no es posible equiparar absolutamente las nociones de «producto inseguro» o «producto peligroso», en el sentido del Reglamento sobre seguridad general de los productos, y «producto defectuoso», en el sentido de la Directiva sobre productos defectuosos. Entre otras razones, porque el primero define la falta de seguridad únicamente en relación con la salud y la seguridad de las personas (consumidores) [véase, en este sentido, el artículo 2.2 del Reglamento (UE) 2023/988], frente a la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos, que cubre tanto los daños derivados de muerte y lesiones corporales como daños a los bienes, siempre que estos no se destinen a usos profesionales (cfr. art. 6.1 Directiva sobre productos defectuosos 2024). Sobre esta cuestión, véase, entre otros, Twigg-Flesner, 2021, p. 8. Sobre la relación entre las normas sobre seguridad de productos y las normas sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, véase Parra Lucán, 2011, pp. 18-35; Solé Feliu, *CCJC* 88/2012, pp. 73 a 104.

[55] Como señala Martín-Casals, 2024, p. 59, «la directiva elude pronunciarse sobre la regla inversa, es decir, si el cumplimento de la legislación nacional o de la UE determinará que el producto no sea defectuoso, aunque atendiendo a la posición más extendida cabe pensar que tal cumplimiento no será suficiente para excluir su defectuosidad». En la

de los operadores económicos responsables no es una circunstancia que pueda alegarse para evitar la responsabilidad[56], como confirma el hecho de que tal posibilidad no se contemple entre las causas de exoneración taxativamente enumeradas por el artículo 11 de la Directiva[57].

Al respecto, hay que tener en cuenta que, una vez fijados unos estándares o requisitos de seguridad en una norma jurídica, el estado del conocimiento científico y técnico puede seguir avanzando sin que la norma se mantenga actualizada[58]. En estos casos, se espera que cualquier producto proporcione la seguridad que es conforme con el conocimiento científico y técnico existente, sin que sea suficiente cumplir estándares jurídicos de seguridad ya caducados. Un producto puede cumplir estándares normativos y seguir siendo defectuoso por no cumplir las expectativas de seguridad marcadas por la evolución del conocimiento científico y técnico.

Sea como fuere, la falta de cumplimiento del Derecho nacional o de la Unión sobre la seguridad de los productos impactará más en el terreno procesal que en el sustantivo, puesto que facilitará la carga de la prueba del defecto operando como presunción. Así lo confirma la regla establecida en el artículo 10.2.b) Directiva, según la cual «se presumirá el carácter defectuoso del producto cuando (…): b) el demandante demuestre que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad del producto establecidos en el Derecho de la Unión o nacional que tienen por objeto proteger contra el riesgo del daño sufrido por la persona perjudicada». Presunción legal que tiene carácter *iuris tantum* (art. 10.5 Directiva). Tal vez por ello, y porque la seguridad exigida por el Derecho de la Unión o nacional ya se encuentra implícita en «la seguridad que una persona tiene derecho a esperar», resultaba

misma línea, para el texto de transposición de la Directiva anterior, Solé Feliu, 1997, p. 432; Macía Morillo, 2022, p. 1998.

[56] En este mismo sentido, Rolland, 1990, § 3, Rdn. 41, p 139; Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 16-17, p. 267; Rabl, 2017, § 5, Rz. 38, p. 143; Solé Feliu, 1997, p. 432.

[57] La causa de exoneración contemplada en el artículo 11.1.d) («que el carácter defectuoso que haya causado el daño se debe a que el producto cumple requisitos legales») no tiene nada que ver con esta circunstancia, puesto que se refiere al caso en el que el cumplimiento de los requisitos previstos en una norma jurídica de naturaleza imperativa llevó al fabricante a producir un producto defectuoso. En este caso, ante la disyuntiva entre cumplir la norma, fabricar un producto defectuoso y, si causa un daño, responder; o bien incumplir la norma legal para evitar responder, pero exponerse a eventuales sanciones administrativas derivadas del hecho de incumplir la norma, el legislador incentiva al fabricante a cumplir, exonerándole después de una posible responsabilidad (Rolland, 1990, § 1, Rdn. 129, p. 67; Salvador Coderch, Rubí, 2008, p. 569; Solé Feliu, 2022, p. 2066.

[58] Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 16, 14, p. 267. Piovano, Hess, 2024, Rn. 9, p. 85, hablan de «estándar de expectativa mínima».

innecesario incorporarla en la definición misma de defecto contenida en el artículo 7.1 Directiva.

En último término, conviene tener en cuenta que no existen normas de seguridad que cubran la totalidad de los productos comercializados, de modo que, con respecto a muchas categorías de productos, no existirán expectativas normativas de seguridad y solo cabrá valorar el defecto a partir de la seguridad general «que una persona tiene derecho a esperar».

Aunque el texto de la Directiva se refiere solo al valor de las normas jurídicas sobre seguridad de los productos («Derecho de la Unión y nacional»), que son las únicas que vinculan jurídicamente[59], las mismas reflexiones pueden trasladarse al cumplimiento o incumplimiento de normas técnicas y estándares industriales. Se trata de reglas técnicas carentes de eficacia jurídica, por cuanto han sido aprobadas por instituciones u organismos sin potestad normativa, mayoritariamente de carácter privado[60]. Tampoco existe garantía de que estas reglas y estándares técnicos se adapten constantemente a la evolución del más reciente estado de la ciencia y de la técnica. Por esta razón, cabe asignarles un papel parecido al del «Derecho de la Unión o nacional» sobre seguridad de los productos: mientras que el incumplimiento de reglas técnicas y estándares industriales puede actuar como presunción de la existencia del defecto, en cambio, su mero cumplimiento no supone la inexistencia automática del mismo, porque los estándares de seguridad que establecían podían no reflejar necesariamente la seguridad esperada por el gran público en el momento de la puesta en el mercado o puesta en servicio del producto[61].

Con todo, en el caso de las reglas y estándares técnicos, debido a su falta de vinculatoriedad jurídica[62], la presunción de defecto tendrá una intensidad menor que la relativa al »Derecho de la Unión o nacional». La primera tan solo podrá jugar en forma de presunción judicial y dependerá del conjunto de valoraciones y razonamientos que la autoridad judicial realice en la fase de valoración de la prueba. La segunda, en cambio, viene reforzada por el

---

[59] Por esta razón, se afirma que debe tratarse de normas de obligado cumplimiento (Piovano, Hess, 2024, Rn. 9, p. 85).

[60] También hay que tener en cuenta que muchas reglas y estándares técnicos persiguen fines diversos no necesariamente vinculados la seguridad de los productos, como puede ser la racionalización y simplificación de procesos, la mejora en la gestión y organización de la empresa, el control de calidad de los productos, etc. (Solé Feliu, 1997, p. 424).

[61] Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 16, 14, p. 267; Rolland, 1990, § 3, Rdn. 43, p. 140; Solé Feliu, 1997, pp. 424-425.

[62] Salvo en el caso de que un texto legal se remita a ellos para fijar el estándar «legal» de seguridad (Salvador Coderch, Rubí, 2008, pp. 579-580).

carácter de presunción legal que le da el artículo 10.2.b) de la nueva Directiva, lo que le otorga valor de auténtica regla normativa[63].

IV. LAS CIRCUNSTANCIAS EVALUABLES EN LA DETERMINACIÓN DEL DEFECTO

Tras la definición general, el artículo 7.2 de la actual Directiva enumera una serie de circunstancias que ayudan a modelar la expectativa de seguridad. Se trata de un total de nueve circunstancias que influyen y concretan la expectativa de seguridad relevante para la existencia del defecto. El artículo 6.1 de la Directiva de 1985 partía de la misma sistemática, aunque limitaba a tres el número de circunstancias mencionadas. En la Directiva actual, se mantienen esas tres circunstancias, se amplía su número y, en algún caso, se modifica sustancialmente su contenido[64].

La enumeración tiene carácter ejemplificativo, como demuestra el mandato del legislador al tomar en consideración «todas» las circunstancias, así como el uso del adverbio «incluso» que precede a la enumeración[65]. Por consiguiente, la apreciación del defecto debe ser consecuencia de una evaluación global de todas las circunstancias, más allá incluso de las que expresamente menciona el precepto. Sin embargo, en la medida en que las circunstancias enumeradas legalmente tienen carácter objetivo, cualquier otra circunstancia no incluida en él, para poder ser evaluada, debe cumplir, como mínimo, el mismo requisito de objetividad[66], quedando excluidas otras circunstancias subjetivas o personales del fabricante, tales como eventuales dificultades económicas, tamaño de la empresa o falta de personal cualificado. También cabe excluir de la valoración aquellas circunstancias subjetivas que pudieran afectar al concreto perjudicado, como las eventuales

[63] Sobre la cuestión relativa al valor de las presunciones, véanse, entre otros, Fernández Vaquero, 2015, p. 1655; Ferrer Beltrán, 2022, p. 423. Un atinado y completo análisis de las reglas de prueba contenidas en los actuales artículos 9 (exhibición de prueba) y 10 (carga de la prueba) de la nueva Directiva de productos defectuosos –entonces, Propuesta de Directiva de 2022–, puede verse en Ormazábal Sánchez, *InDret,* 3/2024, pp. 395-445.

[64] En opinión de Gómez Ligüerre, *Indret* 2022, p. v, la ampliación del número de circunstancias a evaluar en la consideración del defecto es coherente con la definición 'extendida' de producto en el nuevo texto legal, que incluye al producto mismo y a otros con los que puede interconectarse o con servicios que pueden afectar a su funcionamiento.

[65] En este mismo sentido, Piovano, Hess, 2024, Rn. 10, p. 86. En relación con la Directiva anterior, Fairgrieve *et al.*, 2016, p. 56. En nuestra doctrina, Macía Morillo, 2022, p. 2001; Parra Lucán, 2014, p. 83.

[66] Piovano, Hess, 2024, Rn. 6, pp. 84-85. Para la Directiva anterior, Fairgrieve *et al.*, 2016, p. 52.

expectativas de seguridad que pudiera albergar acerca del particular producto causante del daño[67].

a) La presentación y las características del producto, incluidos su etiquetado, diseño, características técnicas, composición y envase, y las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento;

El artículo 6.1.a) de la Directiva de 1985 tan solo se refería a «la presentación del producto», aunque la doctrina dominante entendía que la expresión aludía a cualquier forma a través de la que el producto se presentaba al público en general e influía en las expectativas de seguridad, lo que incluía el aspecto externo del producto, su descripción y propiedades, catálogos, folletos o anuncios publicitarios, así como las instrucciones de uso y de montaje[68]. El texto del actual artículo 7.2.a) Directiva 2024 es más completo y se refiere de forma expresa a «la presentación y las características del producto, incluidos su etiquetado, diseño, características técnicas, composición y envase, y las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento». Se trata de una circunstancia que conecta claramente con los conocidos defectos de información[69].

Presentación, en sentido amplio, incluye todos aquellos aspectos de la información que generan una falsa expectativa en torno a la seguridad real del producto. De este modo, el producto puede ser defectuoso, tanto porque la misma información suministrada crea una expectativa de seguridad superior a la real[70], como por falta de ella, cuando el producto genera riesgos inevitables de los que el productor no informa o no advierte a posibles perjudicados[71]. En ambos casos, el producto tiene un defecto de información, salvo que se trate de riesgos conocidos por el círculo de destinatarios típicos o por el público en general, en cuyo caso ya forman parte de la seguridad que una persona tiene derecho a esperar. Por lo demás, cuando el precepto se refiere a las «características del producto», hay que entender que se trata de las características relativas a la seguridad, pues son las relevantes a efectos de evaluar el defecto, tal y como este se define en el artículo 7.1 de la Directiva.

---

[67] Para la Directiva anterior, Rolland, 1990, § 3, Rdn. 20, pp. 130-131; Rabl, 2017, § 5, Rz. 7, p. 135; Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 19, p. 126; Parra Lucán, 2014, p. 250.

[68] Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 31-33, p. 273; Rabl, 2017, § 5, Rz. 56-63, pp. 147-148; Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 20, p. 127; Fairgrieve *et al.*, 2016, p. 57; Parra Lucán, 2014, p. 246; Macía Morillo, 2022, pp. 2002-2003.

[69] Taschner, Frietsch, 1990, artículo 6, Rdn. 13, p. 297.

[70] Lo cual puede ocurrir principalmente en el campo de la publicidad (Taschner, Frietsch, 1990, artículo 6, Rdn. 14, p. 298).

[71] Solé Feliu, 1997, pp. 573-574; Salvador Coderch, Ramos González, 2008, p. 189; Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 21, p. 128.

El defecto existe tanto si la información la proporciona directamente el fabricante como si lo hace a través de un tercero (p. ej. distribuidores, concesionarios o talleres autorizados), siempre y cuando estos lo hagan con el conocimiento, la autorización o bajo el control de aquél (arg. *ex* art. 4.5) Directiva)[72]. Lo relevante es que la presentación del producto y la información –o falta de ella– relativa a la seguridad puedan imputarse al fabricante[73]. Por esta razón y, teniendo en cuenta el momento relevante para la determinación del defecto, la presentación y las informaciones que la componen deben proporcionarse, como muy tarde, en el momento en que el producto fue introducido en el mercado o puesto en servicio o, si el fabricante conserva el control sobre el producto después de ese momento, en el momento en que el producto dejó de estar bajo su control (art 7.2.e) Directiva). Cuestión distinta es que, informaciones posteriores a ese momento, puedan dar lugar a una eventual responsabilidad por culpa del fabricante conforme al régimen previsto en el artículo 1902 CC[74].

Al mismo tiempo, el conocimiento relativo a la presentación o a las características sobre la seguridad del producto debe predicarse del público en general y no del concreto sujeto perjudicado (cdo. 30)[75], dado el carácter objetivo de las circunstancias evaluables para determinar el defecto. Otra cuestión es que, si el concreto perjudicado conoce subjetivamente una información no accesible al público en general y, pese a ella, se expone a los riesgos del producto, su conducta pueda tener relevancia como factor de reducción de la indemnización en forma de culpa concurrente de la víctima (art. 13.2 Directiva).

Finalmente, conviene tener presente que la incorporación de advertencias o informaciones no constituye una cláusula de exoneración de fabricantes y operadores económicos frente a riesgos evitables del producto, lo que sería contrario a la prohibición de cláusulas limitativas o de exclusión de la responsabilidad (cfr. art. 15 Directiva). Si el producto podía diseñarse o fabricarse de forma más segura y a un coste razonable, tanto desde el punto de vista técnico como económico, será considerado defectuoso, y no dejará de serlo por muchas advertencias o informaciones sobre riesgos

---

[72] Para la anterior Directiva, Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 22, p. 128; Salvador Coderch, Ramos González, 2008, p. 154, quienes matizan que esa atribución al fabricante únicamente se producirá «si se entiende que, dadas las circunstancias, el fabricante debió salir al paso y rectificar tempestivamente la información inexacta y riesgosa».

[73] Rolland, 1990, § 3, Rdn. 26-27, p. 134; Rabl, 2017, § 5, Rz. 65-67, p. 149.

[74] En relación con el régimen de la anterior Directiva, Rabl, 2017, § 5, Rz. 64, p. 149; Solé Feliu, 1997, p. 184.

[75] Para el régimen de la Directiva anterior, Rabl, 2017, § 5, Rz. 56, p. 147.

que incorpore[76]. Una persona tiene derecho a esperar que cualquier producto incorporará las mismas medidas de seguridad que otros productos similares y que se eliminarán los riesgos que resulten razonablemente evitables, sin que la introducción de advertencias o avisos en el etiquetado, en las instrucciones, folletos o en el producto mismo, evite poder calificarlo como defectuoso. Las advertencias o la información no permiten para rebajar la seguridad básica que toda persona tiene derecho a esperar de cualquier producto en el mercado[77]. Es solo cuando el riesgo no puede evitarse de otro modo –o solo a un coste irrazonable– y el uso o consumo del producto resultan socialmente beneficiosos, cuando tiene sentido informar, con el fin de que sus destinatarios puedan decidir libre e informadamente si se exponen a los riesgos del producto y, en tal caso, adoptar las medidas de protección necesarias[78].

b) El uso razonablemente previsible del producto;

Esta circunstancia se contemplaba, casi en los mismos términos, en el artículo 6.1.b) Directiva 1985. La expresión «uso razonablemente previsible del producto» tiene carácter neutro: el legislador evita referirse al uso específico que el fabricante pretendía dar al producto e incluye dentro de las expectativas de seguridad cualquier uso al que objetivamente pudiera destinarse el producto, siempre que resulte razonablemente previsible. Con ello, el legislador mantiene la objetividad de la definición de defecto[79] y evita que el fabricante pueda limitar la noción de producto defectuoso mediante una restricción de los usos susceptibles de hacerle

---

[76] Como indica el cdo. 31 del preámbulo de la Directiva, «las advertencias u otra información proporcionada con un producto no pueden considerarse suficientes para que un producto por lo demás defectuoso sea seguro, ya que el carácter defectuoso debe determinarse en función de la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar. Por lo tanto, la responsabilidad con arreglo a la presente Directiva no puede eludirse simplemente enumerando todos los efectos secundarios imaginables de un producto». En la misma línea, en la doctrina, Fairgrieve *et al.*, 2016, p. 58.

[77] Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 24, p. 129; Rabl, 2017, § 5, Rz. 72, p. 150.

[78] Esta idea es coherente con la llamada «regla de los tres pasos» acogida por algunas normas sobre seguridad de los productos, como es el caso de la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, *relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE (refundición)* (*DOUE* núm. 157, de 9 de junio de 2006), cuyo Anexo I, en el punto 1.1.2, letra b) («Principios de integración de la seguridad»), también sitúa a las instrucciones en el tercer nivel de seguridad, en defecto de otras medidas preferentes: «Al optar por las soluciones más adecuadas, el fabricante o su representante autorizado aplicará los principios siguientes, en el orden que se indica: –eliminar o reducir los riesgos en la medida de lo posible (diseño y fabricación de la máquina inherentemente seguros), –adoptar las medidas de protección que sean necesarias frente a los riesgos que no puedan eliminarse, –informar a los usuarios acerca de los riesgos residuales debidos a la incompleta eficacia de las medidas preventivas adoptadas, indicar si se requiere una formación especial y señalar si es necesario proporcionar algún equipo de protección individual».

[79] Solé Feliu, 1997, p. 228.

responder[80]. Por la misma razón, lo que constituye uso razonablemente previsible no debe evaluarse conforme a lo que resultaba previsible para el fabricante concreto del producto –puesto que el régimen de responsabilidad de la Directiva es independiente de la culpa[81]–, ni tampoco para el perjudicado concreto[82], sino conforme a la expectativa del «público en general» (cdo. 30), que es la que el fabricante debe tomar en consideración, en coherencia con una concepción del defecto entendida como concepto jurídico indeterminado[83].

La evaluación de lo que constituyen usos razonablemente previsibles debe realizarse en el momento de la introducción del producto en el mercado o de su puesta en servicio, o bien si el fabricante conserva el control del producto después de ese momento, aquel en que dejó de estar bajo su control (cfr. art. 7.2.e) Directiva).

El uso razonablemente previsible alcanza tanto el uso típico o normal del producto, como los usos indebidos o malos usos, siempre que resulten razonablemente previsibles[84]. Como recuerda el cdo. 31 de la Directiva, «el uso razonablemente previsible incluye también el uso indebido pero razonable en las circunstancias, como por ejemplo el comportamiento previsible de un usuario de maquinaria derivado de una falta de concentración o el comportamiento previsible de determinados grupos de usuarios, como los niños»[85]. Por esta razón, es razonablemente previsible que un niño se lleve un juguete a la boca, por lo que debe estar fabricado con materiales no tóxicos; o

---

[80] Rolland, 1990, § 3, Rdn. 35, p. 136; Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 26, pp. 130. Aparentemente en contra, Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 43, p. 277, para quienes también es relevante el destino subjetivo del producto que el fabricante ha podido generar a través de la presentación.

[81] Rolland, 1990, § 3, Rdn. 37, p. 137; Rabl, 2017, § 5, Rz. 90, p. 155.

[82] Rolland, 1990, § 3, Rdn. 36, p. 137; Solé Feliu, 1997, p. 228.

[83] Solé Feliu, 1997, p. 227.

[84] Para la Directiva anterior, Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 44, p. 277 y artículo 6, Rdn. 16, p. 299; Rolland, 1990, § 3, Rdn. 34, p. 136; Rabl, 2017, § 5, Rz. 78, p. 152; Fairgrieve *et al.*, 2016, p. 59; Parra Lucán, 2014, p. 247; Gutiérrez Santiago, 2008, p. 85; Macía Morillo, 2022, p. 2006; Pasquau Liaño, 2011, p. 1851.

[85] El recientemente aprobado Reglamento europeo de Ciberresiliencia (Reglamento (UE) 2024/2847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, *relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 168/2013 y el Reglamento (UE) 2019/1020 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Ciberresiliencia* (*DOUE* núm. 2847, de 20 de noviembre de 2024), que incorpora también el concepto de «uso razonablemente previsible», lo define en su art. 3.24) como el «uso que no coincide necesariamente con la finalidad prevista indicada por el fabricante en las instrucciones de uso, los materiales y las declaraciones de promoción y venta y la documentación técnica, pero que puede derivarse de un comportamiento humano o de intervenciones e interacciones técnicas razonablemente previsible». A continuación, el apartado 25) del mismo precepto define el concepto de «uso indebido razonablemente previsible», como «el uso de un producto con elementos digitales de un modo que no es conforme con su finalidad prevista, pero que puede derivarse de un comportamiento humano o una interacción con otros sistemas razonablemente previsible».

que el usuario de un ascensor entre en él justo en el momento en que las puertas se cierran automáticamente, por lo que resulta defectuoso si no cuenta con una célula fotoeléctrica que impida el cierre de la puerta en este caso; o que, en algún momento, un ascensor lleve cierto sobrepeso, por lo que resulta necesario incorporar advertencias relativas a la carga máxima que puede soportar en condiciones de uso normales; igualmente, resulta razonablemente previsible que los niños puedan estar cerca de productos químicos de uso doméstico, como detergentes, en cuyo caso deben incorporar advertencias sobre su toxicidad o tapones con cierre especial a prueba de niños[86].

Cuestión distinta es que, junto con la responsabilidad del operador económico por defecto del producto, la conducta del perjudicado que hizo un mal uso del producto pueda calificarse como culpa concurrente en el sentido del artículo 13.2 Directiva, dando lugar a una reducción del importe de la indemnización o incluso a su eliminación[87]. Para los casos en los que la persona perjudicada no es la misma que el usuario que hace un uso indebido del producto, el operador económico responderá, frente a la primera, de la totalidad del daño causado por el tercero-usuario del producto, sin perjuicio de las acciones de regreso que pueda oponer después frente a éste, de acuerdo con la regla prevista en el artículo 13.1 Directiva[88].

Por otra parte, hay que tener en cuenta que no cualquier uso previsible entra dentro de las expectativas de seguridad, sino solo en la medida en que resulte razonable. Por esta razón, deben quedar fuera de la definición de defecto los usos indebidos que, aunque previsibles, resultan totalmente irrazonables[89], como aquellos que son consecuencia de un uso intencional y consciente por parte del perjudicado[90].

---

[86] Katzenmeier; Voigt, Kullmann, *2020*, § 3, Rdn. 27, p. 131.

[87] Rabl, 2017, § 5, Rz. 92, p. 155. En nuestro país, en relación con la Propuesta de Directiva de 2022, entre otros, Gómez Ligüerre, *Indret* 2022, p. 5; Atienza Navarro, *Indret,* 2/2023, p. 14. Con respecto al régimen de la anterior Directiva, Parra Lucán, 2014, p. 246.

[88] En este sentido, Gómez Ligüerre, *Indret* 2022, p. 5; Atienza Navarro, *Indret*, 2/2023, p. 14. ; Pérez García, 2025, p.224, para quien esta norma persigue facilitar a la persona perjudicada la obtención íntegra de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, reclamando únicamente al operador económico responsable.

[89] En el marco de la Directiva anterior de 1985, el cdo. 6 ya advertía que «la seguridad se valora excluyendo cualquier uso abusivo del producto que no sea razonable en las circunstancias». En nuestra doctrina, puede verse, en la misma línia, Gutiérrez Santiago, 2008, p. 85; Salvador Coderch, Ramos González, 2008, pp. 159-162; Macía Morillo, 2022, pp. 2006-2007.

[90] La doctrina y la jurisprudencia alemanas proporcionan ejemplos al respecto, como el caso de la persona que «esnifa» refrigerante o gas de encendedor, o bien el uso de bolas de queso parmesano seco como arma ofensiva (entre otros, Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 29, p. 132. En nuestra doctrina, razona Pasquau Liaño, 2011, p. 1851, que en el sistema que deriva de la Directiva «hay un cruce de expectativas por ambas partes (…): el carácter inseguro o defectuoso del producto se irá atenuando a medida que el uso o consumo del mismo sea más anómalo, y se irá en cambio afirmando en la

En cualquier caso, el análisis de lo que deba considerarse uso razonablemente previsible que exige incorporar las correspondientes medidas de seguridad, deberá hacerse caso por caso, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes[91], siendo la parte perjudicada quien debe aportar prueba de este extremo[92].

c) El efecto en el producto de toda capacidad de seguir aprendiendo o adquirir nuevas características después de su introducción en el mercado o puesta en servicio;

Se trata de una circunstancia nueva, no prevista en la Directiva anterior, que piensa claramente en los sistemas de inteligencia artificial autónomos[93], con capacidad para aprender, evolucionar o desarrollar comportamientos inesperados una vez ya se han introducido en el mercado o puesto en servicio[94]. Esto significa que toda persona puede esperar que un producto que reúna estas características de autoaprendizaje –y los algoritmos subyacentes– estarán diseñados de forma suficientemente segura para evitar peligros no esperados. Por esta razón, el riesgo derivado de decisiones o comportamientos inesperados del producto con posterioridad a su entrada en el mercado o puesta en servicio se pone a cargo del fabricante –o del correspondiente operador económico– mediante la consideración del producto como defectuoso[95].

El precepto se refiere a los efectos que se producen como consecuencia del autoaprendizaje del producto «después de su introducción en el mercado o puesta en servicio», pero no dice nada en relación con los efectos producidos después de la pérdida de «control del fabricante», que es el momento temporal más alejado entre los que prevé la letra e) del mismo artículo 7.2 para evaluar el defecto[96]. La omisión de este último momento podría dar a entender que la intención del legislador europeo es atribuir la responsabilidad por los efectos imprevistos del autoaprendizaje del producto después de su introducción en el mercado o puesta en servicio y mientras el fabricante conserve el control del mismo. Ello daría lugar a una interpretación restrictiva del precepto, que sería cohe-

---

medida en que el daño se produzca en el correcto uso y consumo del producto», si bien reconoce que «la frontera no es, desde luego, nítida».

91 Solé Feliu, 1997, p. 227.

92 Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 31, p. 132.

93 En este sentido, Miquel Martín-Casals, *Indret* 2023, p. 85, para quien esta causa de exoneración «contiene una referencia exclusiva a los sistemas de IA». En la misma línea, Atienza Navarro, *Indret,* 2/2023, p. 16.

94 Piovano, Hess, 2024, Rn. 17, p. 88.

95 Cdo. 32 del preámbulo de la Directiva.

96 El artículo 6.1.c) de la Propuesta de Directiva de 2022 utilizaba la expresión «después de su despliegue».

rente con la regla general relativa al momento de valoración del defecto contenida en la letra e) del artículo 7.2, que no va más allá del momento en que el fabricante pierde el control del producto. La interpretación contraria, en cambio, tiene un efecto verdaderamente expansivo del régimen de responsabilidad objetiva de la Directiva, más allá del momento en que el producto «dejó de estar bajo el control del fabricante», aunque este podrá acudir a la causa de exoneración prevista en el artículo 11.1.e) Directiva (riesgos del desarrollo) y probar que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o durante el período en el que el producto estaba bajo su control, no permitía detectar el defecto. Ello, siempre y cuando el legislador nacional no haga uso de la opción prevista en el artículo 13.2 y 3 de la Directiva y decida excluir del ámbito de aplicación de la causa de exoneración de los riesgos del desarrollo a los productos que incorporan sistemas de inteligencia artificial[97]. Corresponderá a los tribunales nacionales y, particularmente, al TJUE, pronunciarse, en su momento, a favor de una u otra interpretación.

Por otra parte, aunque la capacidad futura de autoaprendizaje se contempla como una circunstancia más en la valoración global del defecto concebido en términos de falta de expectativas de seguridad, en la mayoría de las ocasiones se referirá a defectos de diseño, cuya prueba planteará dificultades específicas[98]. Para ello, el demandante dispondrá a su favor de los mecanismos de facilitación de la prueba previstos en los artículos 9 (exhibición de pruebas) y 10 (presunciones *iuris tantum* de defecto y de causalidad)[99]. Sin embargo, la puesta en práctica de estos mecanismos tampoco resultará fácil, entre otras razones porque una característica propia de los sistemas de inteligencia artificial es que, para desarrollar su capacidad de aprendizaje, en ocasiones toman decisiones que difieren de la solución esperada, sin que ello presuponga necesariamente un diseño defectuoso. Distinguir, entonces, lo que son errores inherentes al propio proceso de autoaprendizaje de un sistema de inteligencia artificial –tolerables desde el punto de vista de la expectativa de seguridad del público en general–, de un auténtico

---

[97] Sobre los debates en la doctrina y en el marco de la UE en torno a la exclusión de los sistemas de inteligencia artificial del ámbito de aplicación de la exoneración por riesgos del desarrollo, véase Atienza Navarro, *Indret,* 2/2023, p. 44-45.

[98] Sin excluir, naturalmente, que en algunos casos puedan tener su origen en defectos de fabricación o de información. Sobre la cuestión, Hacker, *Computer Law & Security Review,* 2023 p. 15; Mayrhofer, *RED* 2024, p. 112 y 22.

[99] Un resumen de estas reglas puede verse en Pérez García, 2025, pp.225-227.

defecto de diseño determinante de responsabilidad, no será una cuestión fácil de resolver[100]. Con el añadido de que, al menos de entrada, el precepto parece aplicarse a todo sistema de inteligencia artificial, sin distinción y con independencia de su carácter estático (toma decisiones a partir de los datos ya incorporados en el propio programa o en sus respectivas actualizaciones o mejoras) o dinámico (toma decisiones autónomas a partir de datos e informaciones nuevas que el sistema va recabando según funciona)[101].

d) El efecto razonablemente previsible en el producto de otros productos de los que se pueda esperar que se utilicen junto con el producto, también mediante interconexión;

También se trata de una circunstancia nueva, introducida en la valoración de la seguridad del producto «con el fin de reflejar la creciente prevalencia de productos interconectados» y «tener en cuenta los efectos razonablemente previsibles de otros productos en el producto en cuestión, como por ejemplo en un sistema doméstico inteligente»[102]. Con ocasión del desarrollo tecnológico, una vez se ha introducido en el mercado o puesto en servicio, el producto puede recibir nuevos datos suministrados por otros productos o por servicios conexos, interactuar o interconectarse con estos y modificar determinados aspectos de su funcionamiento que afecten a la seguridad esperada generen situaciones de «riesgo combinado». Como en la circunstancia anterior, el legislador pone a cargo del fabricante o del correspondiente operador económico las consecuencias que, en términos de responsabilidad civil, puedan resultar de una falta de la seguridad esperada como consecuencia de esta interacción externa, calificando al producto como defectuoso. En este caso, sin embargo, se requiere que el efecto de la interacción o la interacción sean «razonablemente previsibles».

De algún modo, lo que el legislador europeo quiere evitar es que el fabricante pueda exonerarse alegando que el defecto surgió

---

[100] Sobre la cuestión, véase, entre otros, Ebers, *Indret 2016,* pp. 12-13; Atienza Navarro, *Indret,* 2/2023, p. 17-18, quien propone, como posible medida de lo que se consideraría aceptable, el hecho de que, antes de la introducción del sistema de IA en el mercado, el entrenamiento automático se haya repetido y comprobado hasta el punto de que los peligros de «reduzcan considerablemente por debajo de los que implicarían la realización de la actividad por los seres humanos».

[101] Sobre esta cuestión y la distinción entre sistemas de IA que toman decisiones a partir de los datos (limitados) que incorpora el propio programa o sus respectivas actualizaciones o mejoras (sistemas de IA estáticos) y, por otro lado, sistemas de IA (dinámicos) con capacidad autónoma de aprendizaje a partir de datos e informaciones nuevas que el sistema va recabando a partir de su funcionamiento, cuyos resultados pueden no ser previsibles para quien originariamente lo diseño, véase, entre otros, Ataz López, *Working paper 4/2020*, pp. 16, ss.; Navas Navarro, *Revista Cesco de Derecho de consumo,* núm. 44/2022, pp. 1-6; Navas Navarro, 2022.

[102] Cdo. 32 del preámbulo de la Directiva.

con posterioridad a su puesta en el mercado o puesta en servicio como consecuencia de la influencia externa de otros productos. Si este efecto era «razonablemente previsible» y la interacción con los otros productos era esperable («de los que se pueda esperar que se utilicen con el producto») el producto podrá calificarse como defectuoso; condiciones, ambas, que suponen introducir cierta subjetividad en el sistema y que deberán concretarse, en cada caso, por la autoridad judicial.

El precepto no indica el momento en que debe realizarse la valoración de la razonable previsibilidad. Sin embargo, una interpretación conjunta con la circunstancia de la letra e) del mismo artículo 7.2 lleva a pensar que se trata del momento en el que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o, si el fabricante conserva el control sobre el producto después de ese momento, el momento en que el producto dejó de estar bajo el control del fabricante, aunque la interacción o interconexión tenga lugar con posterioridad. En cualquier caso, la objetividad que inspira las circunstancias enumeradas en el precepto impide circunscribir la valoración de lo razonablemente previsible al concreto fabricante demandado y a su coyuntura particular.

En cuanto a la interacción entre el producto en cuestión y otros productos, ésta puede ser tanto física o material («que se utilicen junto con el producto»), como digital («mediante interconexión»), lo que la doctrina ha denominado «defectos de interconectividad»[103]. Estos últimos también incluyen la interconexión con servicios conexos, que el artículo 4.3 de la Directiva define como servicios digitales integrados en un producto o interconectados con él, de manera que su ausencia impediría al producto realizar una o varias de sus funciones. Por esta razón, el fabricante de un producto responderá si, pese a no ser defectuoso en el momento de su introducción en el mercado o puesta en servicio, devino defectuoso posteriormente como consecuencia de su interacción con servicios digitales conectados a él[104].

e) El momento en que el producto fue introducido en el mercado o puesto en servicio o, si el fabricante conserva el control sobre el producto después de ese momento, el momento en que el producto dejó de estar bajo el control del fabricante;

La circunstancia relativa al momento de evaluación del carácter defectuoso del producto ha experimentado una modificación sus-

[103] European Law Institute, 2022, p. 27; Atienza Navarro, *Indret*, 2/2023, p. 19.

[104] Wagner, *JZ,* 2023, p. 6.

tancial, en comparación con el criterio acogido en la Directiva anterior y las respectivas leyes nacionales de transposición. En ellas, el legislador partía del «momento de la puesta en circulación del producto» que, ante la ausencia de una definición específica en la propia Directiva, el TJUE había definido como el momento en que el producto «sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido» (sentencia *O'Byrne v. Sanofi Pasteur*[105]).

Las expectativas de seguridad de cualquier producto evolucionan y cambian con el paso del tiempo, a veces de forma muy rápida. Por esta razón, es esencial que, a efectos de la responsabilidad del productor, el legislador fije un momento temporal concreto en el que valorar si el producto ofrece o no la seguridad esperada, es decir, si es o no defectuoso. Si el producto no se considera defectuoso en ese momento, sigue sin serlo, aunque, con posterioridad, deje de ofrecer la seguridad que uno tiene derecho a esperar. El régimen de responsabilidad objetiva de la Directiva depende de que el producto sea defectuoso en ese momento concreto y, cualquier modificación posterior de las expectativas de seguridad, resulta irrelevante a efectos de responsabilidad. Cuestión distinta es que la responsabilidad del fabricante o del operador económico pueda fundarse en su conducta negligente, conforme a las reglas generales de responsabilidad civil, si el deber de diligencia exigía hacer un seguimiento del producto después de ponerlo en circulación y, al incumplirlo, no adoptaron las medidas razonables para evitar la materialización del riesgo (como, por ejemplo, retirar o recuperar el producto del mercado, informar de los riesgos a eventuales consumidores o usuarios del producto, a las autoridades, etc.).

---

[105] STJUE 9 de febrero de 2006, *Declan O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD y Sanofi Pasteur SA*. Asunto C-127/04 (Cdo. 27, 32). La falta de una definición específica en la Directiva fue cubierta por algunos legisladores nacionales, que introdujeron en sus respectivas leyes internas de transposición sus propias definiciones del «momento de puesta en circulación». Así, por ejemplo, la ley de transposición austríaca (*BG vom 21. Jänner 1988 über die Haftung für ein fehlerhaftes Produkt, BGBl 1988/1999*) declaraba, en su § 6 (Puesta en circulación), que «[U]n producto se pone en circulación tan pronto como el empresario lo entrega, con independencia del título, a otro para su puesta a disposición o utilización. Es suficiente el envío al comprador». Por su parte, el actual artículo 6.46 del *Code Civil* de Bélgica dispone que «[E]n el sentido de la presente ley, se entiende por "puesta en circulación" el primer acto que materializa la intención del productor de dar al producto la afectación a la cual está destinado mediante su transferencia a un tercero o su utilización en beneficio de este» (la transposición originaria de la Directiva se llevó a cabo, en Bélgica, mediante la *Loi 25 février 1991, relative a la responsabilité du fait des produits défectueux* que, a raíz de la reciente reforma del derecho de la responsabilidad civil extracontractual se ha incorporado al Libro Sexto del *Code Civil* mediante la Loi 7 février 2024, *portant le livre 6 «La responsabilité extracontractuelle» du Code civil*).

El problema del concepto de «puesta en circulación» es que suponía una vinculación material o un control físico del producto por parte del fabricante, el cual se perdía en el momento en que el producto abandonaba la esfera física del fabricante (salía del proceso de fabricación) y entraba en el circuito comercial. A partir de ese momento, el fabricante ya no podía intervenir en el producto y cualquier falta de seguridad que apareciera con posterioridad ya no podía imputársele a los efectos del régimen de responsabilidad previsto en la Directiva[106]. Esta concepción se adecuaba bien a los productos clásicos manufacturados, entendidos como bienes muebles corporales (bienes tangibles), pero resulta insuficiente para hacer frente a los retos que plantean productos que, una vez puestos en circulación, se interconectan con otros productos, servicios o contenidos digitales, los cuales pueden provocar la aparición de un defecto en el producto originario. Del mismo modo, el momento de la puesta en circulación del producto, concebido en estos términos, tampoco resuelve satisfactoriamente el problema de los defectos causados en el producto por actualizaciones de *software* que, de forma periódica o puntualmente, tienen lugar con posterioridad a ese momento[107].

El redactado de la letra e) del artículo 7.2 de la nueva Directiva intenta superar esta dificultad y adopta un enfoque más flexible, que va más allá del momento en que el producto «fue introducido en el mercado» o «puesto en servicio», y permite retrasar la valoración del defecto hasta el «momento en que el producto dejó de estar bajo el control del fabricante». Con esta opción, el legislador permite atribuir la responsabilidad al fabricante cuando el defecto es consecuencia de las modificaciones, actualizaciones o mejoras introducidas en el producto por él mismo o por terceros bajo su autorización[108], una vez se ha introducido en el mercado o puesto en servicio. Condición imprescindible es que el fabricante conserve el control de la modificación, actualización o mejora que originaron el defecto. Así pues, si el defecto se encuentra en una de las actualizaciones del *software*, los demás elementos del *hardware* no modificado seguirán evaluándose de conformidad con la seguridad esperada (del *hardware*) en el

[106] En coherencia con esta idea, el artículo 7.b) de la Directiva 1985, exoneraba al fabricante cuando probaba que «teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde».

[107] Sobre la cuestión, Piovano, Hess, 2023, Rn. 26, p. 90; Twigg-Flesner, 2021, pp. 7-8; Atienza Navarro, *Indret,* 2/2023, p. 15; González Beluche, *CDT*, 2023, pp. 464-465, y referencias allí citadas.

[108] Martín-Casals, *Indret*, 3/2023, p. 85; Martín-Casals, *Actualidad Jurídica,* 2024, p. 61.

momento de su introducción en el mercado o puesta en servicio, no en el de actualización del *software*[109].

Por «control del fabricante» cabe entender, según resulta del artículo 4.5 Directiva 2024: (a) la acción mediante la que este realiza o, si la realiza un tercero, autoriza o consiente (i) la integración, interconexión o suministro de un componente, incluidas las actualizaciones o mejoras de los programas informáticos o (ii) la modificación del producto, incluidas las modificaciones sustanciales; así como (b) la capacidad del fabricante de suministrar actualizaciones o mejoras de programas informáticos por sí mismo o a través de un tercero. Como se ve, la idea del control del fabricante está pensada –al menos parcialmente– para hacer frente a la dificultad que plantean el *software* y otros productos con contenidos digitales[110].

Los conceptos de «introducción en el mercado» y «puesta en servicio», resultan del artículo 4 (*Definiciones)* de la propia Directiva. El primero se refiere a la «primera comercialización de un producto en el mercado de la Unión» (art. 4.8), entendida comercialización como todo suministro, oneroso o gratuito, de un producto, para su distribución, consumo o utilización en el mercado de la Unión en el transcurso de una actividad comercial (art. 4.7). Por su parte, «puesta en servicio» se define en el artículo 4.9 como «la primera utilización de un producto en la Unión en el transcurso de una actividad comercial, ya sea a título oneroso o gratuito, en circunstancias en las que el producto no se haya introducido en el mercado antes de su primera utilización»[111].

Cuando se trata de productos fabricados en serie, puede ocurrir que el fabricante vaya introduciendo modificaciones progresivas que incrementen la seguridad de los productos que integran la serie, de modo que la seguridad que ofrecían las primeras unidades acabe siendo inferior a la de aquellas unidades que se fabricaron en momentos ulteriores. En tal caso, hay que entender que el momen-

---

[109] Como explica Wagner, *JZ*, 2023, p. 6.

[110] Martín-Casals, *Indret,* 3/2023, p. 85; Martín-Casals, *Actualidad jurídica,* 2024, cit., p. 61.

[111] Se trata de definiciones casi idénticas a las que acoge la reciente Ley europea sobre Inteligencia Artificial (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, *DOUE* núm. 1689, de 12 de julio de 2024). Según el artículo 3.9) «introducción en el mercado» se define como «la primera comercialización en el mercado de la Unión de un sistema de IA o de un modelo de IA de uso general». Por su parte, de acuerdo con el artículo 3.8), «puesta en servicio» es el suministro de un sistema de IA para su primer uso directamente al responsable del despliegue o para uso propio en la Unión para su finalidad prevista».

to determinante para evaluar el defecto de cada una de las unidades de la serie no es el de la introducción en el mercado o puesta en servicio de la primera unidad de la misma (o, en el caso de que el fabricante conservara el control, el momento en que dejó de estar bajo su control), sino el de la unidad concreta causante del daño[112]. Por esta misma razón, las mejoras de seguridad introducidas en unidades posteriores de un producto no convierten automáticamente en defectuosas las unidades anteriores, aunque ofrezcan una seguridad menor. Como establece el artículo 7.3 Directiva, «[U]n producto no se considerará defectuoso por la única razón de que un producto mejor, incluidas las actualizaciones o mejoras para un producto, ya se haya introducido en el mercado o puesto en servicio, o se introduzca en el mercado o se ponga en servicio posteriormente» (sobre la cuestión relativa al producto mejorado o más perfeccionado, *vide infra* epígrafe VI).

En el caso de productos modificados fuera del control del fabricante (productos reciclados, transformados, reacondicionados, etc.), siempre que se trate de una modificación sustancial según se define en el artículo 4.18) Directiva[113], el momento determinante para evaluar el defecto debería ser, no el de la puesta en el mercado del producto originario, sino aquél en el que la persona física o jurídica que ha llevado a cabo la modificación (art. 8.2 Directiva) lo introduce de nuevo en el mercado o lo pone en servicio por primera vez, una vez ejecutada la modificación.

f) Los requisitos de seguridad del producto pertinentes, incluidos los requisitos de ciberseguridad pertinentes para la seguridad;

Una vez más, con esta nueva circunstancia [junto con la que contempla la letra g)], el legislador europeo confirma su voluntad de conectar la normativa sobre seguridad de los productos con las normas de responsabilidad civil. Una interpretación conjunta de este apartado con el primer párrafo del precepto lleva a pensar que se trata de requisitos de seguridad establecidos en normas «del

[112] Para la regulación anterior a la Directiva actual, Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 33, p. 133; Rabl, 2017, § 5, Rz. 97, p. 156; Solé Feliu, 1997, p. 319; Salvador Coderch, Ramos González, 2008, p. 168.

[113] De acuerdo con esta disposición, por modificación sustancial se entiende toda modificación de un producto después de su introducción en el mercado o su puesta en servicio que «(a) se considera sustancial con arreglo a las normas nacionales o de la Unión aplicables en materia de seguridad de los productos, o (b) cuando las normas nacionales o de la Unión en materia de seguridad de los productos no establezcan ningún umbral sobre lo que debe considerarse una modificación sustancial, que: (i) cambie el rendimiento, la finalidad o el tipo originales del producto, sin que dicho cambio se haya previsto en la evaluación inicial de riesgos del fabricante, y (ii) cambie la naturaleza del peligro, genere un nuevo peligro o aumente el nivel de riesgo».

Derecho de la Unión o nacional», pues son aquellos que deben cumplir los productos comercializados en la UE[114].

Entre las normas sobre seguridad de los productos aprobadas por la UE y que pueden resultar relevantes a los efectos de identificar los requisitos de seguridad aplicables a una amplia variedad de productos, destacan, entre otras, el Reglamento (UE), 2023/988, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, sobre seguridad general de los productos[115], vigente en los Estados miembros desde el pasado 13 de diciembre de 2024 (Art. 52); el recientemente aprobado Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio, de Inteligencia Artificial[116]; el Reglamento (UE) 2023/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2023, relativo a las máquinas[117]; el Reglamento (CE) núm. 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria[118]; el Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios[119]; la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario

---

[114] De ahí que, algunos autores, afirmen que este primer inciso de la letra f) tiene carácter meramente declarativo al estar ya contemplado en el primer párrafo del mismo artículo 7 (Piovano, Hess, 2024, Rn. 29, p. 90).

[115] Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) núm. 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 87/357/CEE del Consejo (*DOUE* núm. 135, de 23 de mayo de 2023).

[116] 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) (*DOUE* núm. 1689, de 12 de julio de 2024).

[117] Reglamento (UE) 2023/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2023, relativo a las máquinas, y por el que se derogan la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 73/361/CEE del Consejo (*DOUE* núm. 165, de 29 de junio de 2023).

[118] Reglamento (CE) núm. 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria (*DOUE* núm. 31, de 1 de febrero de 2002).

[119] Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) núm. 178/2002 y el Reglamento (CE) núm. 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo (*DOUE* núm. 117, de 5 de mayo de 2017).

sobre medicamentos para uso humano[120]; el Reglamento (CE) núm. 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre medicamentos de terapia avanzada y por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE y el Reglamento (CE) núm. 726/2004[121]; o el Reglamento (CE) núm. 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre los productos cosméticos[122].

El texto del precepto se refiere específicamente a los «requisitos de ciberseguridad pertinentes para la seguridad», que es el elemento realmente novedoso y, probablemente, el que plantea mayor dificultad. A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los productos tangibles o corporales, con respecto a los cuales existe experiencia suficiente y abundante normativa –tanto general, como sectorial– que facilitan la identificación de estándares y requisitos de seguridad, las dificultades son mayores en el caso de productos que operan en redes y sistemas de información, sobre los que existe, todavía, poca normativa, y el conocimiento y experiencia sobre su riesgos potenciales son, también, escasos[123].

En relación con esta última categoría de productos, habrá que acudir, de entrada, a la Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (Directiva SRI 2)[124], así como al Reglamento (UE) 2019/881, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.o 526/2013 («Reglamento sobre la Ciberseguridad»)[125], uno de cuyos objetivos es, precisamente, «garantizar un nivel adecuado de ciberseguridad de los productos, servicios y procesos de TIC en la

---

120 Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (*DOCE* núm. L 311/67, de 28 de noviembre de 2001).

121 Reglamento (CE) núm. 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre medicamentos de terapia avanzada y por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE y el Reglamento (CE) núm. 726/2004 (*DOUE* núm. 324, de 10 de diciembre de 2007).

122 Reglamento (CE) núm. 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre los productos cosméticos (*DOCE* núm. L 342/59, de 22 de diciebre de 2009).

123 Piovano, Hess, 2024, Rn. 30, p. 91.

124 *DOUE* núm. 333, de 27 de diciembre de 2022.

125 *DOUE* núm. L 151/15, de 7 de junio de 2019.

Unión» (art. 1.1.b). El Reglamento, define la ciberseguridad como toda actividad necesaria «para la protección de las redes y sistemas de información, de los usuarios de tales sistemas y de otras personas afectadas por las ciberamenazas» (art. 2.1), para cuya consecución se crea la ENISA y se definen los requisitos de seguridad que deben cumplir los esquemas europeos de certificación de ciberseguridad (arts. 46 y ss). Al mismo tiempo, por ciberamenaza se entiende «cualquier situación potencial, hecho o acción que pueda dañar, perturbar o afectar desfavorablemente de otra manera las redes y los sistemas de información, a los usuarios de tales sistemas y a otras personas» (art. 2.8) del Reglamento).

Sin embargo, el Reglamento anterior no aborda directamente los requisitos de seguridad que deben cumplir los productos con elementos digitales. A estos efectos, en octubre de 2024, el Parlamento Europeo aprobó el llamado *Reglamento europeo de ciberresiliencia* (Reglamento (UE) 2024/2847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales[126], entre cuyos objetivos se encuentra establecer: (a) normas para la comercialización de productos con elementos digitales a fin de garantizar la ciberseguridad de dichos productos; y (b) requisitos esenciales de ciberseguridad para el diseño, el desarrollo y la fabricación de productos con elementos digitales, así como obligaciones de los operadores económicos en relación con dichos productos en lo que respecta a la ciberseguridad. Los requisitos específicamente establecidos en sus disposiciones, cuyos destinatarios coinciden, mayoritariamente, con los principales operadores económicos responsables del artículo 8 de la Directiva sobre productos defectuosos[127], van a tener una relevancia específica en la identificación de los requisitos de ciberseguridad aplicables a los productos con el fin de evaluar la posible existencia de un defecto[128].

---

[126] Reglamento (UE) 2024/2847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 168/2013 y el Reglamento (UE) 2019/1020 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Ciberresiliencia (*DOUE* núm. 2847, de 20 de noviembre de 2024.

[127] En efecto, el Reglamento de ciberresiliencia también agrupa los distintos destinatarios de sus disposiciones bajo la noción de «operadores económicos», que define en su artículo 3.12) como «el fabricante, el representante autorizado, el importador, el distribuidor o cualquier otra persona física o jurídica sujeta a obligaciones en relación con la fabricación de productos con elementos digitales o con la comercialización de productos con elementos digitales de conformidad con el presente Reglamento».

[128] El propio preámbulo del Reglamento sobre ciberresiliencia expresa la conexión entre ambas normas, al recordar en su cdo. 31 que «[L]a Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo se complementa con el presente Reglamento. Dicha Directiva establece normas en materia de responsabilidad por los daños causados por pro-

No obstante, conviene insistir de nuevo en una idea que ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad. El incumplimiento de los requisitos de seguridad establecidos en las normas sobre seguridad de los productos, ya sean generales o aplicables a una particular categoría de productos, es una circunstancia que permitirá considerar defectuoso a un producto por no cumplir las expectativas de seguridad. En cambio, no es posible llegar de forma automática a la conclusión inversa, de modo que el mero cumplimiento de estas normas no garantiza que el producto esté libre de defectos y el fabricante se exonere[129]. Las normas sobre seguridad de productos no están sujetas a actualizaciones constantes y puede ocurrir que la evolución del estado del conocimiento científico y técnico permita incorporar nuevas medidas que incrementen la seguridad del producto a un coste razonable. En tal caso, la expectativa general de seguridad lleva a confiar que el producto incorporará tales medidas, aunque los legisladores nacionales o europeo no hayan actualizado las normas relativas a la seguridad de los productos; en caso contrario, el producto podrá calificarse como defectuoso[130].

En otro orden de ideas, hay que tener en cuenta que la falta de seguridad determinante de una ciberamenaza puede deberse, tanto a la falta de actualizaciones del producto con posterioridad a su introducción en el mercado o puesta en servicio, como a la incorporación de una actualización (defectuosa) que es la que, precisamente, provoca una brecha de seguridad generadora de la ciberamenaza[131]. Mas, para ello, es preciso que esa actualización de seguridad o falta de ella (y, por tanto, la posibilidad de mejora o actualización) estén bajo el control del fabricante, según resulta del artículo 11.2 Directiva[132]. Cuestión distinta –como se ha expuesto

---

ductos defectuosos, de forma que los perjudicados puedan reclamar una indemnización cuando hayan sufrido un daño derivado de dichos productos».

[129] Rabl, 2017, § 5, Rz. 38, p. 143; Macía Morillo, 2022, p. 1998; Atienza Navarro, *Indret,* 2/2023, p. 20.

[130] En el mismo sentido, Martín-Casals, *Actualidad Jurídica,* 2024, p. 59.

[131] Las obligaciones de introducir actualizaciones de seguridad por parte de los fabricantes de productos con elementos digitales se establecen en el anexo I del ya citado Reglamento sobre ciberresiliencia (Reglamento (UE) 2024/2847).

[132] El artículo 11 Directiva 2024 establece en la letra c) de su primer apartado que el fabricante se exonera cuando demuestra que «que es probable que el carácter defectuoso que haya causado el daño no existiera en el momento en que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o, en el caso de un distribuidor, comercializado, o que ese carácter defectuoso se originase después de ese momento». Sin embargo, el apartado 2 del mismo artículo introduce una excepción, para los casos de actualizaciones o mejoras, o la falta de ellas, producidas mientras el producto se encuentra bajo control del fabricante: «2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, letra c), un operador económico no estará exento de responsabilidad cuando el defecto de un producto se deba a alguna de las causas siguientes, siempre que esté bajo el control del fabricante: a) un servicio conexo; b) programas informáticos, incluidas las actualizaciones o mejoras de programas informáticos; c) falta de actualizaciones o mejoras de los programas informáticos necesarias para mantener la seguridad; d) una modificación sustancial del producto».

anteriormente– es que la responsabilidad del fabricante se evalúe desde el punto de vista de las reglas generales de la responsabilidad por culpa (art. 1902 CC), en cuyo caso la obligación de notificar a los usuarios de los productos las posibles vulnerabilidades y la existencia de las correspondientes actualizaciones de seguridad, podrá ir más allá del momento en el que el producto dejó de estar bajo el control del fabricante.

g) Cualquier retirada del producto o cualquier intervención pertinente relacionada con la seguridad de los productos por parte de una autoridad competente o de un operador económico contemplado en el artículo 8;

Esta circunstancia está directamente conectada con la anterior y ratifica la vinculación existente en el texto actual de la Directiva de productos entre la normativa sobre seguridad de los productos y las reglas de responsabilidad civil. En este caso, la circunstancia no se refiere al cumplimiento de los requisitos de seguridad, sino, una vez constatada una falta de seguridad (entendida ésta en los términos en que las normas sobre seguridad de los productos definen producto inseguro o peligroso[133]), a la adopción de las medidas de prevención necesarias para subsanarla o evitar que el riesgo de daño llegue a materializarse.

Esto significa que cualquier medida que se adopte para prevenir la materialización de riesgos derivados de productos peligrosos o inseguros en el sentido de las normas sobre seguridad de los productos puede ser tomada en consideración, junto con las demás circunstancias concurrentes, como indicio de que el producto era defectuoso en el sentido de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos. De nuevo, la presunción no puede operar de forma automática. Como advierte el cdo. 34, «estas intervenciones no deben crear por sí solas una presunción de carácter defectuoso». Se trata, pues, de una circunstancia que debe valorarse juntamente con las demás circunstancias y que debe admitir prueba en contra. Por lo demás, deberá existir una relación de adecuación entre la medida de seguridad adoptada y el tipo de defecto cuya materialización ha causado el daño, lo cual ocurrirá cuando la naturaleza de la medida hubiera permitido evitar el daño, teniendo en cuenta el producto causante del daño, la naturaleza del defecto y el tipo de riesgo.

---

[133] Así, por ejemplo, el Reglamento sobre seguridad general de los productos (Reglamento (UE) 2023/988), define en su artículo 2. 3) la noción de «producto peligroso» como aquel «que no sea un "producto seguro"», siendo este último «todo producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluida la duración real de utilización, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados aceptables dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de los consumidores» (art. 2.2).

En principio, parece que el texto de la ley refiere la aplicación de estas medidas al concreto producto que causó el daño («cualquier retirada del producto»), pero no hay obstáculo para llegar a conclusiones semejantes cuando las intervenciones sobre seguridad se aplican a unidades distintas de la misma serie a la que pertenece el producto o incluso a productos semejantes con los que comparte las mismas características de seguridad que motivaron la intervención.

El precepto no enumera las medidas preventivas que pueden dar pie a la aplicación de esta circunstancia. Tan solo se refiere a la retirada del producto o a «cualquier intervención pertinente relacionada con la seguridad de los productos». En principio, ello abre la puerta a una amplia variedad de medidas, que son comunes a la mayoría de las normativas sobre seguridad de los productos, tanto generales como sectoriales, ya citadas. Tales medidas van desde informar o notificar a las autoridades, operadores económicos y consumidores afectados cualquier falta de seguridad que atañe a los productos, hasta la recuperación o retirada del producto del mercado, pasando por la investigación de las reclamaciones presentadas[134]. Los sujetos implicados, las autoridades de vigilancia competentes en cada caso, así como los procedimientos a seguir, pueden variar en función de la normativa sobre seguridad aplicable al tipo de producto en cuestión.

De todas las «intervenciones pertinentes» enumeradas por las normas sobre seguridad de los productos, las más radicales se refieren a la recuperación y retirada del producto del comercio, las cuales pueden derivar, si es preciso, en su destrucción o eliminación. Por recuperación, se entiende aquella medida destinada a recobrar un producto ya puesto a disposición del consumidor o usuario, mientras que la retirada consiste en impedir la comercialización de un producto ya presente en la cadena de suministro[135]. A su vez, la recuperación del producto puede dar lugar, a elección del consumidor, a alguna de las opciones siguientes: la reparación del producto, su sustitución por un producto seguro del mismo tipo y de igual

---

134 Véase, a título de ejemplo, los artículos 9 y ss del Reglamento sobre seguridad general de los productos (Reglamento (UE) 2023/988), con una regulación bastante detallada al respecto.

135 Véanse las definiciones que ofrecen los apartados 25 y 26, respectivamente, del artículo 3 del del Reglamento sobre seguridad general de los productos (Reglamento (UE) 2023/988), prácticamente idénticas a las previstas en otras normativas sectoriales como, por ejemplo, el artículo 3.32 y 33 del Reglamento europeo relativo a las máquinas (Reglamento (UE) 2023/1230); o bien el artículo 3.23 y 24 del Reglamento) UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos y por el que se modifican la Directiva 2004/42/CE y los Reglamentos (CE) núm. 765/2008 y (UE) núm. 305/2011; o los artículos 3.49 y 50 del Reglamento europeo sobre ciberresiliencia (Reglamento (UE) 2024/2847), entre otros.

valor y calidad, o bien el reembolso adecuado del valor del producto (cfr. art. 37.2 del Reglamento (UE) sobre seguridad general de los productos)[136]. Otras intervenciones pueden comportar la instrucción consistente en dejar de utilizar el producto objeto de la recuperación (Art. 36.2.d) Reglamento (UE) sobre seguridad general de los productos) o su eliminación (Art. 37.4 del Reglamento (UE) sobre seguridad general de los productos)[137]. Por su parte, el recientemente aprobado Reglamento (UE) sobre ciberresiliencia[138], impone, entre otras medidas, la obligación de los operadores económicos de cooperar con las autoridades de vigilancia del mercado, a petición de estas, en «cualquier medida que se adopte para eliminar los riesgos de ciberseguridad que presente el producto con elementos digitales que hayan introducido en el mercado»[139].

En cuanto a los sujetos legitimados para adoptar las medidas preventivas de seguridad, el precepto se refiere a la «autoridad competente o un operador económico contemplado en el artículo 8». Con respecto a esta última categoría, hay que estar, pues, a la enumeración de sujetos contenida en el citado artículo 8 de la Directiva y a la definición de cada uno de ellos en el artículo 4 de la misma: fabricante de un producto o de un componente, importador extracomunitario, representante autorizado, persona física o jurídica que modifica sustancialmente el producto, distribuidor, prestador de servicios logísticos y plataforma en línea. También entiendo que hay que considerar incluido el prestador de un servicio conexo, a quien el artículo 4.15) Directiva incluye dentro de la definición de operador económico.

Por lo que se refiere a la «autoridad competente», la mayor parte de las normas sobre seguridad de los productos atribuyen competencia para adoptar las medidas a la «autoridad de vigilancia del mercado», definida como «autoridad designada por un Estado miembro responsable de efectuar la vigilancia del mercado en el territorio de ese Estado miembro»[140]. Sin embargo, creo que el con-

---

[136] Reglamento (UE) 2023/988, según el cual el operador económico ofrecerá al consumidor, al menos, la posibilidad de elegir dos de las tres soluciones citadas.

[137] De acuerdo con dicho precepto, la eliminación del producto por parte del propio consumidor está supeditada el hecho de que éste «pueda efectuarla con facilidad y seguridad, y no afectará al derecho del consumidor a recibir el reembolso o la sustitución del producto sujeto a recuperación (…)».

[138] Reglamento (UE) 2024/2847.

[139] Por ejemplo, el artículo 12.22 del Reglamento, con respecto a los fabricantes, el artículo. 18.3.c), en relación con los representantes autorizados, o el artículo 20.5, con respecto a los distribuidores.

[140] Véase el artículo 3.4) del Reglamento relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos [Reglamento (UE) 2019/1020], al que se remiten, entre otros, el artículo 3.3 Reglamento sobre seguridad general de los productos [Reglamento (UE) 2023/988] o artículo 3.31 Reglamento (UE) relativo a las máquinas [Reglamento (UE) 2023/1230].

cepto de autoridad competente puede entenderse en un sentido más amplio, como toda autoridad, nacional o europea, facultada para tomar decisiones y ejecutar intervenciones en materia de seguridad de los productos, como es el caso, entre otros, de los organismos notificados[141] o incluso de la propia Comisión Europea en el marco, por ejemplo, del artículo 56 del Reglamento sobre ciberresiliencia[142] o del artículo 37.4 del Reglamento sobre máquinas[143].

La inclusión de esta circunstancia plantea la cuestión de hasta qué punto el legislador europeo está imponiendo un deber de observación y seguimiento de los productos, una vez estos ya han entrado en el mercado o se han puesto en servicio. De ser así, ello significaría que se están introduciendo en el régimen de responsabilidad (objetiva) de los fabricantes y operadores económicos responsables elementos típicamente culpabilísticos. No debería ser esta la lectura, puesto que el régimen de responsabilidad previsto en la Directiva sigue siendo un régimen de responsabilidad objetiva, como reiteradamente señala su preámbulo[144]. En coherencia con esta idea, el momento determinante para apreciar el carácter defectuoso del producto es, como muy tarde, el momento en que el fabricante pierde el control sobre el producto (art. 7.2.e) Directiva). Lo que, en realidad, está haciendo el legislador, es tomar en consideración cualquier intervención posterior sobre seguridad del producto que adopten las autoridades competentes o los operadores económicos como indicio para, junto con todas las demás circunstancias, establecer si el producto era defectuoso en el momento de su introducción en el mercado, puesta en servicio o pérdida de control. El fabricante puede haber sido diligente al comunicar y adoptar las medidas de seguridad necesarias una vez puesto el pro-

---

141 Por ejemplo, según el artículo 37.4 del Reglamento relativo a las máquinas [Reglamento (UE) 2023/1230]: «4. Si, en el transcurso del seguimiento de la conformidad realizado después de la adopción de una decisión de aprobación, con arreglo al anexo IX, un organismo notificado constata que una máquina o un producto relacionado ya no son conformes, instará al fabricante a adoptar las acciones correctivas adecuadas y, si fuera necesario, suspenderá o retirará la decisión de aprobación. Si no se adoptan acciones correctivas o estas no surten el efecto exigido, el organismo notificado restringirá, suspenderá o retirará cualquier decisión de aprobación, según el caso».

142 Así, por ejemplo, el artículo 56.5 del Reglamento sobre ciberresiliencia señala que»[S]obre la base de la consulta a que hace referencia el apartado 4 del presente artículo, la Comisión podrá adoptar actos de ejecución para prever medidas correctoras o restrictivas a escala de la Unión, como exigir la retirada del mercado de los productos con elementos digitales afectados o recuperarlos, en un plazo razonable, proporcional a la naturaleza del riesgo. Esos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 62, apartado 2».

143 Artículo 37.4 del Reglamento relativo a las máquinas: «4. Cuando la Comisión compruebe que un organismo notificado no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos para su notificación, adoptará un acto de ejecución por el que solicite al Estado miembro notificante que adopte las medidas correctivas necesarias, incluida la retirada de la notificación en caso necesario».

144 Cdos. 2, 6, 13 o 17 del preámbulo.

ducto en el mercado y, pese a ello, responder objetivamente por la comercialización de un producto defectuoso causante de daños en los términos previstos por la Directiva.

Por lo demás y, como ya se ha apuntado en relación con la circunstancia anterior, nada impide que el fabricante pueda incurrir en una eventual responsabilidad por culpa (*ex* art. 1902 CC) si se acredita su negligencia en el cumplimiento del deber de seguir y observar el producto con posterioridad a la pérdida de control sobre el mismo y no adoptar las medidas de seguridad que exigía la diligencia requerida (o no adoptarlas en tiempo oportuno), según le exigía la normativa sobre seguridad de los productos[145].

h) Las necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto;

En principio, el producto debe ofrecer la seguridad esperada por el público en general. Según explica el cdo 30: «[L]a valoración del carácter defectuoso debe incluir un análisis objetivo de la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar y no referirse a la seguridad que una persona concreta tiene derecho a esperar.» Sin embargo, el mismo cdo. observa que la seguridad esperada por el público en general debe valorarse teniendo en cuenta, entre otras, las circunstancias enumeradas en el segundo apartado del precepto, entre las cuales se encuentran «las necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto». A diferencia de la Propuesta de Directiva de 2022, que hablaba de las «expectativas específicas de los usuarios finales»[146], el texto finalmente aprobado opta por una redacción más objetiva al centrar la expectativa en la categoría («grupo») de usuarios finales.

La incorporación expresa de esta circunstancia, que constituye una excepción a la regla general basada en las expectativas de seguridad del público en general, se ilustra en el mismo preámbulo con el ejemplo de «los productos sanitarios de soporte vital», los cuales «conllevan un riesgo especialmente elevado de daños para las personas y, por lo tanto, generan unas expectativas de seguridad especialmente elevadas. Para tener en cuenta estas expectativas, el órgano jurisdiccional debe poder considerar defectuoso un producto sin que se declare probado su verdadero carácter defectuoso, cuando pertenezca a la misma serie de producción que un producto cuyo carácter defectuoso ya ha sido proba-

[145] Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 17, pp. 125-126; Parra Lucán, 2011, p. 146.

[146] Art. 6.1.h) de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*, Bruselas, 28.9.2022, COM(2022) 495 final.

do» (cdo. 30). Existen, pues, productos que, bien por su especifica naturaleza, el uso al que se destinan, los riesgos que generan para sus posibles usuarios o bien por los intereses potencialmente afectados (vida, salud o integridad de las personas), generan expectativas de seguridad más elevadas para determinadas categorías de usuarios, que deben ser tomadas en consideración en la valoración de la existencia del defecto.

Con esta circunstancia, el legislador europeo incorpora en la definición del defecto la jurisprudencia desarrollada por el TJUE en la sentencia *Boston Scientific Medizintechnik c. AOK Sachsen-Anhalt*[147]. La sentencia resolvía la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Federal Alemán, en relación con las expectativas de seguridad constitutivas de un defecto en relación con unos marcapasos y unos desfibriladores automáticos importados a Alemania por *G. GmbH & Medizintechnick KG*, quien posteriormente se fusionó con *Boston Scientific Medizintechnik GmbH*. Tras la puesta en circulación e implantación en varios pacientes de los marcapasos y los desfibriladores, los sistemas de control de calidad del fabricante detectaron que uno de los componentes de los marcapasos podría degradarse y provocar un agotamiento prematuro de la batería, con la consecuencia de una pérdida de telemetría y/o pérdida de la terapia de estimulación cardíaca sin previo aviso. Con respecto a los desfibriladores, los sistemas de control de calidad detectaron un defecto que podía bloquear en la posición de cerrado un interruptor magnético incorporado a los aparatos, con el riesgo de no detectar una eventual perturbación –potencialmente mortal– del ritmo cardíaco e impedir que los desfibriladores emitieran la descarga dirigida a salvar la vida de los pacientes. En el caso de los marcapasos, la importadora recomendó a los médicos sustituir los marcapasos implantados y, en el caso de los desfibriladores, desactivar el interruptor magnético en cuestión. El problema es que los marcapasos extraídos, que fueron sustituidos por otros suministrados gratuitamente por el fabricante, se destruyeron sin haber sido objeto de un examen pericial que permitiera establecer, a *posteriori*, su carácter defectuoso[148].

Una de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE era la relativa a si un producto médico implantado en el cuerpo

---

147 STJUE de 5 de marzo de 2015, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH c. AOK Sachsen-Anhalt –Die Gesundheitskasse* (Asunto C-503/13), *Betriebskrankenkasse RWE* (Asunto C-504/13) (Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf; jsessionid=6F3AF167F6D5D4EEFD0C8CBB4B937473?text=&docid=162686&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3944787 [Fecha de consulta: 10.03.2025]). Un comentario de la sentencia puede verse en Ramos González, Gili Saldaña, *Revista CESCO*, 2015, pp. 193-200.

148 *Boston Scientific Medizintechnik c. AOK Sachsen-Anhalt*, cit., cdos. 14-24.

humano puede considerarse defectuoso por el simple hecho de que otras unidades del mismo modelo de producto o pertenecientes a la misma serie tenían un defecto y sin necesidad de demostrar que el producto concreto era defectuoso[149]. El Tribunal europeo resolvió la cuestión en sentido afirmativo y declaró que el concepto de defecto establecido en el (derogado) artículo 6.1 Directiva «debe interpretarse en el sentido de que la comprobación de un posible defecto de productos pertenecientes al mismo modelo o a la misma serie de producción, como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables, permite calificar de defectuoso tal producto sin que sea necesario comprobar el referido defecto en ese producto»[150]. Por decirlo de otro modo, el simple riesgo de que el producto pueda verse afectado por un potencial defecto, ya lo convierte en defectuoso porque no ofrece la seguridad esperada.

De particular relevancia para la circunstancia que se está analizando es la argumentación sobre la que el TJUE construye su respuesta. Por un lado, razona que «las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público (…) debe(n) (…) apreciarse teniendo en cuenta, en particular, el destino, las características y las propiedades objetivas del producto de que se trata, *así como las características particulares del grupo de usuarios a los que está destinado ese producto»*[151] (nótese la semejanza entre la parte de la oración destacada y el texto de la actual letra h) del artículo 7.2 Directiva 2024). Por lo que se refiere a los dispositivos médicos, la sentencia recuerda que tanto los marcapasos como los desfibriladores automáticos implantables son productos que, « habida cuenta de su función y de la situación de particular vulnerabilidad de los pacientes que utilizan esos dispositivos, los requisitos de seguridad relativos a ellos, que tales pacientes pueden esperar legítimamente, son particularmente elevados»[152]. Remitiéndose a las declaraciones del Abogado General en su documento de Conclusiones, la sentencia considera que «la posible inseguridad que genera la responsabilidad del productor (…) reside, en lo que respecta a productos como los controvertidos en el litigio principal, en la posibilidad anormal de daño que pueden causar a la persona».[153] En estas circunstancias, la sentencia concluye que «la comprobación de un posible defecto de tales pro-

---

149 *Boston Scientific Medizintechnik c. AOK Sachsen-Anhalt*, cit., cdo. 36.

150 *Boston Scientific Medizintechnik c. AOK Sachsen-Anhalt*, cit., cdos. 41-43 y fallo.

151 *Boston Scientific Medizintechnik c. AOK Sachsen-Anhalt*, cit., cdo. 38.

152 *Boston Scientific Medizintechnik c. AOK Sachsen-Anhalt*, cit., cdo. 39.

153 *Boston Scientific Medizintechnik c. AOK Sachsen-Anhalt*, cit., cdo. 40, con referencia expresa al documento de *Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, Asuntos acumulados C-503/13 y C-504/13,* presentadas el 21 de octubre de 2014 (documento disponible

ductos que pertenecen a un mismo modelo o a la misma serie de producción permite calificar de defectuosos todos los productos de ese modelo o serie, sin que sea necesario demostrar el defecto del producto de que se trate»[154].

Siguiendo la línea apuntada por la sentencia *Boston,* cuando el cdo. 30 del preámbulo de la Directiva se refiere a la circunstancia prevista en la letra h) del artículo 7.2, tan solo menciona los «productos sanitarios de soporte vital». Esta interpretación encaja con la idea de fondo que inspira la sentencia del TJUE: la necesidad de proteger especialmente la vida y la integridad de las personas. Esta idea se percibe de forma tal vez más clara en el documento previo de Conclusiones del Abogado General Bot*,* en el que igualmente proponía dar respuesta afirmativa a la cuestión prejudicial, debido a la «necesidad de integrar la preocupación por la salud en la política de la Unión[155]», recordando que tanto el artículo 168 TFUE como el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantizan un «alto nivel de protección de la salud humana al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión». Como consecuencia de ello, opinaba el Abogado General, «dicha protección ha de considerarse un objetivo que también forma parte de la política de armonización de las disposiciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», de modo que «la finalidad de salud de los productos sanitarios de uso humano confiere a dichos productos una especificidad incuestionable que ha de tenerse en cuenta al apreciar el concepto de defecto»[156].

Por esta razón, a pesar de que el texto de la letra h) no circunscribe su aplicación a ninguna categoría específica de producto, una interpretación coherente con estos antecedentes tendería a limitar su alcance a productos específicamente destinados a velar por la salud humana. No se olvide que esta circunstancia constituye una excepción a la regla general basada en la consideración de las expectativas del gran público en general, por lo que tiene sentido defender una interpretación restrictiva por parte de los tribunales de los Estados miembros[157]. Los argumentos del Abogado General en el caso *Boston* ofrecen un criterio razonable a favor de esta interpretación restrictiva, aunque es cierto que el texto final de la sentencia se limita a hablar de daños «a la persona» [158] y

---

en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CC0503 [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2025].

154 *Boston Scientific Medizintechnik c. AOK Sachsen-Anhalt*, cit., cdo. 41.

155 *Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot*, cit., cdo. 39.

156 *Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot*, cit., cdos.40, 41 y 42.

157 En este mismo sentido, Solé Feliu, *CCJC*, 2021, pp. 231-252.

158 *Boston Scientific Medizintechnik c. AOK Sachsen-Anhalt*, cit., Cdo. 40.

evita aludir a la salud humana como objetivo de las políticas de la UE contenidas en los textos fundamentales y su reflejo en las normas sobre responsabilidad civil por productos.

Por las razones anteriores, parece claro que la letra h) del artículo 7.2 Directiva incluye las expectativas de seguridad específicas de los usuarios finales de productos sanitarios de soporte vital, tanto si se trata de productos implantables (marcapasos, desfibriladores) como no implantables, como es el caso de respiradores artificiales, monitores cardíacos, fármacos para estabilizar crisis cardíacas, etc. Más allá de esta categoría[159], también encajarían en el ámbito de la norma otros productos sanitarios que se implantan en el cuerpo humano, aunque su finalidad directa no consista en salvaguardar la vida de las personas, como prótesis mamarias, de cadera, de rodilla, etc., así como otros dispositivos de fijación en el caso de fracturas óseas. Más allá de los productos sanitarios, también podrían calificarse como productos dirigidos a satisfacer «las necesidades específicas del grupo de usuarios a los que se destina», entendidas como necesidades relativas a la salud de las personas, los medicamentos, los alimentos específicamente destinados a personas con ciertas intolerancias o alergias (gluten, lactosa), anticonceptivos u otros productos semejantes. Con todo, hay que reconocer que el texto del artículo 7.2.h) no contiene ninguna limitación por razón de la categoría de productos, de modo que tendrán que ser los tribunales quienes decidan si se atienen a una interpretación estricta del precepto conforme a los antecedentes jurisprudenciales del mismo, o bien si amplían su ámbito de aplicación a la tutela de otros intereses jurídicos, que la literalidad de la norma no impide[160].

Una de las principales consecuencias que resulta tanto de la sentencia *Boston* como de la regla contenida en la letra h) del artículo 7.2 se manifiesta en el terreno de la facilitación probatoria. Tal y como explica el cdo. 30 del preámbulo, a los efectos de configurar las expectativas de seguridad de las categorías de productos a los que se refiere, «el órgano jurisdiccional debe poder considerar defectuoso un producto sin que se declare probado su verdadero carácter defectuoso, cuando pertenezca a la misma serie de producción que un producto cuyo carácter defectuoso ya ha sido probado»[161]. Es decir, la prueba de un defecto en una unidad de la misma serie a la que pertenece el producto causante del daño

---

[159] Que es también la que el preámbulo de la Directiva utiliza como ejemplo de la circunstancia que ahora se analiza (cdo. 30: «algunos productos, como los productos sanitarios de soporte vital»).

[160] En el mismo sentido, aunque limitando la reflexión a las consecuencias de la sentencia *Boston,* FAIRGRIEVE *et al.*, 2016, pp. 55-56.

[161] Cdo. 30 preámbulo de la Directiva; *Boston Scientific Medizintechnik c. AOK Sachsen-Anhalt*, cit., Cdos. 41-43 y fallo.

facilita la prueba del carácter defectuoso de este último, sin necesidad de probar directamente el defecto. Siempre y cuando, naturalmente, exista una relación de adecuación entre el defecto en cuestión y el tipo de daño que ha tenido lugar, y que las demás circunstancias evaluables no contravengan dicha conclusión.

i) En el caso de un producto cuya finalidad sea precisamente evitar daños, el eventual incumplimiento de dicha finalidad por parte del producto.

Esta circunstancia, no incluida en la Directiva anterior, viene a resolver la duda en torno a si aquellos productos cuya utilidad consiste, precisamente, en prevenir un daño y que, al resultar defectuosos, no impiden que se produzca el daño en cuestión, tienen un defecto de utilidad que solo puede reclamarse conforme al derecho contractual, o bien si también puede entenderse que adolecen de un defecto de seguridad (falta de las expectativas de seguridad) que posibilita acudir al régimen de responsabilidad objetiva (extracontractual) previsto en la Directiva. Se trata de productos tales como alarmas antiincendios; detectores de humo o extintores ineficaces; chalecos salvavidas; airbags; frigoríficos, cuya función es conservar y evitar que los alimentos que contienen se estropeen antes de tiempo; o bien fungicidas o insecticidas que, al ser ineficaces, no evitan que un hongo o una plaga de insectos destruya una cosecha; también podría hablarse de un programa antivirus que no detecta ni elimina convenientemente virus informáticos[162]. Como explica el cdo. 33, en relación con esta tipología de productos, la falta de utilidad que no impide la producción del daño constituye una de las circunstancias que componen las expectativas de seguridad determinantes del defecto[163].

Incluir esta circunstancia en el texto del artículo 7.2 tiene sentido porque, como se ha dicho anteriormente, la Directiva sobre productos defectuosos protege principalmente intereses de indemnidad (cdo. 30; art. 6.1 Directiva), los cuales se tutelan desde el derecho de la responsabilidad extracontractual, mientras que la lesión al interés de eficacia o de utilidad se protege, habitualmente, desde el derecho de la responsabilidad contractual. La duda se plantea en aquellos casos en los que la utilidad perseguida por el producto consiste, precisamente, en evitar la lesión a alguno de los

---

[162] Piovano, Hess, 2024, Rn. 37, p. 93, quienes se refieren también a un sistema de IA que falla al no almacenar datos relevantes sobre la seguridad y provoca que el sistema tome posteriormente decisiones incorrectas que causan daños.

[163] Cdo. 33: «Con el fin de reflejar la naturaleza de los productos cuya finalidad misma sea prevenir daños, por ejemplo, un mecanismo de alerta como un detector de humos, la valoración del carácter defectuoso de tal producto debe tener en cuenta que no haya cumplido dicha finalidad».

bienes jurídicos protegidos por la Directiva (daños a la vida, a la integridad personal o a bienes no destinados exclusivamente a una finalidad profesional)[164].

En ordenamientos jurídicos como el español, en los que el eventual solapamiento entre las normas de la responsabilidad contractual y extracontractual tiende a resolverse jurisprudencialmente a favor de la mal llamada «acumulación o yuxtaposición de responsabilidades»[165], la cuestión no genera excesivos problemas. Sin embargo, en ordenamientos con soluciones técnicamente más elaboradas y complejas, como aquellos que imponen la opción entre el ejercicio de la pretensión derivada de la responsabilidad contractual o la extracontractual[166], o aquellos en los que rige el principio de la no acumulación de pretensiones (*non cumul)*[167], la necesidad de clarificar la cuestión es mayor. De ahí que el legislador europeo se pronuncie y resuelva que un producto con un defecto de utilidad que afecta, al mismo tiempo, a la seguridad y lesiona uno de los bienes jurídicos protegidos por la Directiva, es también defectuoso en el sentido de la propia Directiva[168].

En el marco de la anterior Directiva, que no contemplaba esta específica circunstancia, algunos autores llegaban a la misma conclusión mediante la aplicación de la circunstancia prevista en el anterior artículo 6.1.a) (actual art. 7.2.a) Directiva 2024), relativa a la presentación del producto. Conforme a esta interpretación, se afirmaba que la presentación y las características del producto prometían una protección frente a determinados bienes jurídicos que, al no cumplir, frustraban la seguridad legítimamente esperada y convertían al producto en defectuoso[169].

---

164 Cfr. artículo 6.1 Directiva.

165 Entre otras, STSS 6.5.1998 [RJ 1998\2934]; 8.2.2000 [RJ 2000\840]. Véase el análisis crítico recientemente publicado por DEL OLMO GARCÍA, *ADC,* 2024*,* pp. 1629-1676.

166 En las doctrinas alemana y austríaca, por ejemplo, la cuestión es discutida y las opiniones se encuentran divididas, a pesar de que la posición dominante tiende a sostener que la falta de eficacia constituye también un defecto del producto en el sentido de la Directiva cuando la utilidad del producto forma parte, también, de las expectativas de seguridad del producto (sobre el debate y las diversas posiciones, véase, por todos, RABL, 2017, § 5, Rz. 106-116, pp. 158-161).

167 Véase el citado trabajo de DEL OLMO GARCÍA, *ADC,* 2024, pp. 1629-1676, así como el completo volumen coordinado por el profesor Miquel Martín-Casals: MARTÍN-CASALS (Ed.), 2019.

168 MARTÍN-CASALS, *Actualidad Jurídica,* 2024, p. 62. En el marco de la Directiva anterior, entre otros, SALVADOR CODERCH, RAMOS GONZÁLEZ, 2008, p. 152; SOLÉ FELIU, 1997, p. 779.

169 En este sentido, por ejemplo, KATZENMEIER; VOIGT, KULLMANN, 2020, § 3, Rdn. 62, pp. 144-145. Esta es la razón por la que algunos autores consideran que la introducción de esta circunstancia en la nueva Directiva no tiene más que un efecto declarativo (PIOVANO, HESS, 2024, Rn. 36, p. 93).

V. **OTRAS CIRCUNSTANCIAS EVALUABLES**

Como se ha dicho anteriormente, el artículo 7.2 Directiva no contiene una enumeración cerrada de circunstancias («teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso»), por lo que, más allá de las expresamente contempladas, los tribunales pueden tomar en consideración otros factores que hayan podido influir en la formación de la seguridad esperada. Entre ellas, la doctrina se refiere, con frecuencia, a la naturaleza del producto, al precio o al test de riesgo-utilidad[170].

1. LA NATURALEZA DEL PRODUCTO

Un producto, por su propia naturaleza, puede generar una determinada expectativa de seguridad. En este sentido, hay productos, como un cuchillo, un arma de fuego o unas tijeras, que, por su naturaleza intrínseca, son inseguros o peligrosos y pueden causar daños. Sin embargo, por este simple hecho no se les puede considerar defectuosos, porque se trata de riesgos inherentes a su propia naturaleza[171]. Son riesgos incluso necesarios para cumplir la utilidad que les es propia y que, por regla general, sus destinatarios –o el gran público– esperan, por lo que ofrecen la seguridad que una persona tiene derecho a esperar (art. 7.1 Directiva). Por el contrario, cuando se trata de riesgos inevitables, pero desconocidos para el público en general, el producto debe informar de ellos para que se conozcan y evitar, con ello, que el producto devenga defectuoso al defraudar la expectativa de seguridad[172].

En el fondo, la naturaleza del producto es un factor de carácter transversal y se encuentra implícita en varias de las circunstancias enumeradas por el artículo 7.2 Directiva. Es el caso, por ejemplo, de la circunstancia contenida en la letra h), relativa a las necesidades específicas del grupo típico de usuarios a los que se destina el producto: un producto sanitario implantable dirigido a salvaguardar la vida de las personas, como un marcapasos o un desfibrilador es un producto que, por su propia naturaleza, fomenta una expectativa de seguridad más elevada para los pacientes a quienes se implanta. De

---

170 En nuestra doctrina, Macía Morillo, 2022, pp. 2002 ss.

171 En este sentido, Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 53, p. 281. En la doctrina española, Pasquau Liaño, 2011, pp. 1859-1860, para quien «no cabe razonablemente esperar que un producto intrínsecamente peligroso no cause el daño que normalmente se deriva de su naturaleza»; Solé Feliu, 1997, pp. 382 ss.

172 Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 54, p. 282; Pasquau Liaño, 2011, p. 1860, con ejemplos jurisprudenciales.

igual modo ocurre con la circunstancia contemplada en la letra i), en relación con los productos cuya utilidad consiste, precisamente, en prevenir la producción de daños, como son los sistemas de alarma, chalecos salvavidas o los airbags: por su propia naturaleza, se espera de ellos una seguridad acorde con la utilidad esperada. O bien la circunstancia relativa al uso razonablemente previsible del producto (letra b): en el caso de productos que, por su propia naturaleza, tienen una vida útil limitada, transcurrida la cual se deterioran y pueden generar riesgos que son conocidos para los consumidores (como, por ejemplo, consumir una pieza de carne, de fruta o cualquier otro producto perecedero más allá de su fecha de caducidad, puede hacer que se encuentre en mal estado), es razonablemente previsible que no se usen o consuman más allá de tal fecha.

2. EL PRECIO DEL PRODUCTO

El precio del producto puede ser también una circunstancia evaluable en la formación de las expectativas de seguridad. Cualquier persona espera que un producto con un precio superior a la media del mercado ofrezca mejores prestaciones, también en el terreno de la seguridad, que las que ofrecen productos del mismo tipo, pero más baratos: a mayor precio, mayor seguridad esperada[173].

No obstante, el papel de esta circunstancia no puede ser definitivo porque toda persona espera que cualquier producto introducido en el mercado garantice una seguridad mínima, por debajo de la cual será indefectiblemente defectuoso[174]. Por muy barato que sea, nadie espera que el freno de un vehículo no se active cuando se presiona el pedal, que la resistencia de una tostadora de pan se sobrecaliente más allá de lo normal y provoque un incendio, o que la menor protección en el cableado eléctrico de un electrodoméstico electrocute a sus usuarios. Por encima de este mínimo, en cambio, el precio podría jugar cierto papel, de modo que, si el bajo coste de un producto hace que carezca de elementos de seguridad específicos para determinadas funciones y es esperable que el público conozca esta carencia –o se le informa de ella–, el producto puede no ser defectuoso[175].

---

[173] Piovano, Hess, 2024, Rn. 12, p. 86. Para la anterior Directiva, Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 55, p. 282; Rolland, 1990, § 3, Rdn. 44, pp. 140-141.

[174] Salvador Coderch, Ramos González, 2008, p. 173; Rolland, 1990, § 3, Rdn. 44, p. 141; Katzenmeier; Voi.gt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 48-49, pp. 140-141; Taschner, Frietsch, 1990, § 3, Rdn. 56, p. 282; Rabl, 2017, § 5, Rz. 54, p. 147, para quien, si no existen medios para fabricar el producto de forma más segura, por debajo de esa seguridad mínima el producto no se debería comercializar.

[175] Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 50, pp. 141.

En cualquier caso, resultan totalmente irrelevantes para la expectativa objetiva de seguridad las circunstancias económicas que pudieran afectar al concreto fabricante demandado, cuyas dificultades financieras (o menor tamaño empresarial, eventuales reducciones de ingresos, etc.) carecen de virtualidad para justificar una rebaja del citado estándar mínimo de seguridad que toda persona tiene derecho a esperar[176].

3. EL ANÁLISIS RIESGO-UTILIDAD

Al principio del trabajo se ha comentado cómo el legislador europeo ha preferido mantener una configuración unitaria del defecto basada en el test de las expectativas de seguridad, renunciando así al llamado test de riesgo-utilidad y a consolidar legislativamente la división entre defectos de diseño, de fabricación y de información. La decisión de no incluir en la definición de defecto el test de riesgo-utilidad se confirma cuando se observan las causas de exoneración contempladas en el actual artículo 11 de la Directiva, que no incluye como eventual causa de exoneración la prueba de que el producto ofrecía más beneficios que riesgos, o que no existía un diseño alternativo razonable para fabricarlo de forma más segura (en el sentido de que era extremadamente costoso, tanto desde un punto de vista económico como técnico, introducir mecanismos de seguridad adicionales). Con ello, el legislador europeo renuncia a seguir el modelo marcado en los Estados Unidos de América por el artículo 2 del *Restatement (Third) Products Liability (1998)*, que asumió la distinción entre defectos de fabricación, de diseño y de información, estableciendo un régimen de responsabilidad objetiva para los primeros, y un régimen de responsabilidad por culpa, para los dos últimos. En concreto, para los defectos de diseño, el *Restatement* adopta un análisis de riesgo-utilidad, basado en la existencia de un diseño alternativo razonable[177].

Sin embargo, ello no significa que la clásica tripartición de defectos o que un análisis basado en los riesgos y los beneficios del producto deban excluirse totalmente de la valoración del defecto del artículo 7 de la Directiva. Sin necesidad de cambiar el régimen de responsabilidad objetiva de la Directiva ni la concepción

---

[176] Rolland, 1990, § 3, Rdn. 44, pp. 141; Taschner, Frietsch, 1990, artículo 6, Rdn. 23, p. 303; Rabl, 2017, § 5, Rz. 51, p. 146.

[177] The American Law Institute, 1998. En nuestra doctrina, una buena explicación del régimen del *Restatement* norteamericano, puede consultarse en: Salvador Coderch, Ramos González, 2008, pp. 138 ss.

unitaria del defecto, la formulación del criterio relativo a las expectativas de seguridad del artículo 7 es lo suficientemente amplia para incluir, en el conjunto de «todas las circunstancias» evaluables, un análisis coste-beneficio o de riesgo-utilidad, cuando así se encuentra justificado[178]. Esta justificación existirá, por ejemplo, en el caso de medicamentos, vacunas o productos sanitarios, o bien en aquellos casos en que la expectativa de seguridad se refiere a productos con posibles defectos de diseño. Así lo reconoció, en relación con la ley inglesa de transposición de la Directiva de 1985, la sentencia de la Queen's Bench inglesa *Wilkes v. Depuy International Ltd. [2016],* relativa a los daños causados por unas prótesis de cadera presuntamente defectuosas. En opinión del tribunal, un producto de estas características comporta riesgos inherentes, lo que supone que «cualquier evaluación de su seguridad requerirá necesariamente que se equilibren los riesgos involucrados en el uso de ese producto con sus beneficios potenciales, incluida su potencial utilidad». De este modo, «la viabilidad de fabricar un producto que cumpla la equivalencia riesgo-beneficio debe ser una circunstancia potencialmente relevante en la evaluación de la seguridad de un producto» dentro del marco del artículo 3 de la ley inglesa de transposición de la Directiva[179].

En el caso de medicamentos y productos sanitarios, la evaluación de la seguridad conforme a un análisis riesgo-utilidad se encuentra perfectamente interiorizado por las normas preventivas reguladoras de la seguridad. De esta forma, el artículo 10.2 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios[180], dispone que «[L]a evaluación de los efectos terapéuticos positivos del medicamento se apreciará, en relación con cualquier riesgo relacionado con la

---

[178] En nuestro país y, en el marco de la legislación de transposición de la Directiva, esta posición viene siendo sostenida por un sector de la doctrina (por todos, Parra Lucán, 2014, p. 250; Solé Feliu, 1997, pp. 163-164; Del Olmo, *ERPL*, 2021, p. 123. Véase también, en la misma línea, la opinión de Pasquau Liaño, 2011, p. 1867. Algo parecido ocurre en la doctrina y la jurisprudencia de varios Estados miembros de la UE (entre otros, Wagner, *JZ*, 2023, p. 5; Santos Silva; Fairgrieve; Machnikowski; Borghetti; Del Olmo; Rajneri; Schmon; Ulfbeck; Vallone, Zech, *ERPL,* 2021, pp. 129-130. Para la nueva Directiva, es de la misma opinión Martín-Casals, *Actualidad Jurídica,* 2024, p. 60, para quien no parece contradecir el test de las expectativas de seguridad previsto en la Directiva la toma en consideración de un test de riesgo-utilidad de carácter amplio, basado, no en la existencia de un diseño alternativo razonable, sino en una comparación global de los beneficios generales del producto, es decir, los que el público obtiene de la presencia del producto en el mercado con sus riesgos globales.

[179] *Wilkes v. Depuy International Ltd*. [2016], QBD, n. 82: la sentencia se encuentra disponible en: https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7db60d03e7f57eb27f0 (fecha de consulta: 13 de mayo de 2025).

[180] *BOE* núm. 177, de 25 de julio de 2015.

calidad, la seguridad y la eficacia del medicamento para la salud del paciente o la salud pública, *entendido como relación beneficio/riesgo*» [énfasis añadido]. También utiliza el análisis beneficio-riesgo como criterio esencial de evaluación de la seguridad de los productos sanitarios (tanto *ex ante,* como *ex post*, a la introducción de los productos en el mercado) el ya citado Reglamento (UE) 2017/745 sobre los productos sanitarios[181], el cual contiene una definición de la «determinación de la relación beneficio-riesgo» entendida como «el análisis de todas las evaluaciones del beneficio y del riesgo que puedan ser pertinentes a efectos del uso del producto para la finalidad prevista, cuando se utilice de acuerdo con la finalidad prevista por el fabricante» (art. 2.24). Baste recordar ahora que los requisitos de seguridad del producto establecidos en normas nacionales y de la UE sobre seguridad de los productos son una de las circunstancias específicamente previstas en la letra f) del artículo 7.2 Directiva, que el legislador europeo toma en consideración para evaluar las expectativas de seguridad determinantes del defecto. Al menos indirectamente, pues, el test de riesgo-beneficio, acaba aflorando en la determinación del defecto con respecto a estas categorías de productos.

Por otra parte, y en el caso de los defectos de diseño, parece lógico preguntarse también si el diseño del producto generaba más riesgos que beneficios y, en último término, cuando el producto no podía diseñarse de forma más segura y su comercialización resultaba socialmente deseable[182], si no debían incorporarse, como mínimo, las advertencias oportunas sobre riesgos inevitables. En defecto de estas, el producto podría adolecer de un defecto de información.

En el fondo, estas reflexiones ponen de manifiesto cómo, en relación con determinadas categorías de productos y, a pesar de la definición unitaria de defecto de la Directiva, la distinción entre defectos de diseño, de información y de fabricación acaba apareciendo, casi de forma inevitable, a la hora de evaluar la seguridad esperada por el público en general. Así lo acredita también la

[181] Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017*, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) núm. 178/2002 y el Reglamento (CE) núm. 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo* (*DOUE* núm. 117, de 5 de mayo de 2017).

[182] Como ocurre con determinados medicamentos, vacunas y productos sanitarios en general, como prótesis implantables, cuyos efectos secundarios se conocen, pero son inevitables.

experiencia jurisprudencial española[183]. El carácter ejemplificativo de las circunstancias enumeradas en el artículo 7.2 no lo impide y, mientras el análisis se dirija a las características del producto mismo y no a la conducta del fabricante[184], parece que tiene cabida en la configuración del régimen de responsabilidad objetiva de la Directiva y en la noción objetivo-normativa del defecto, tal y como se contempla en su artículo 7[185].

VI. LA REGLA DEL PRODUCTO MEJORADO (O PRODUCTO MÁS PERFECCIONADO)

El apartado 3 del artículo 7 acoge la ya conocida regla relativa al producto más perfeccionado, contenida en el anterior artículo 6.2 de la Directiva de 1985 y en el artículo 137.3 TRLGDCU. El redactado actual es, no obstante, más completo y clarificador que el anterior: «[U]n producto no se considerará defectuoso por la única razón de que un producto mejor, incluidas las actualizaciones o mejoras para un producto, ya se haya introducido en el mercado o puesto en servicio, o se introduzca en el mercado o se ponga en servicio posteriormente».

Esta previsión impide calificar automáticamente como defectuoso un producto por el simple hecho de que unidades posteriores del mismo producto se comercialicen con mejoras en su seguridad, lo que podría desincentivar la innovación tecnológica y la introducción de tales mejoras ante el riesgo de una eventual

[183] No es extraño que los tribunales españoles acudan a las categorías clásicas de defecto como vía para afrontar la prueba del defecto: entre otras, las STS 13.1.2015 [RJ\2015\612]; SSAP Baleares, S. 5.ª, 28.12.2006 [AC\2007\155]; Barcelona, S. 17, 18.4.2008 [AC\2008\1609]; Burgos, S. 3.ª, 26.2.2024 [JUR\2024\146277], por ejemplo, se refieren de forma explícita a las tres categorías de defecto. Otras sentencias hablan exclusivamente de defectos de fabricación (SSTS, Civil 25.6.1996 [RJ 1996\4853]; 7.11.2008 [RJ 2009\137]; SSAP Madrid, S. 12.ª, 30.12.2013 [AC\2014\192]; Les Illes Balears, S. 4.ª, 5.7.2024 [JUR\2024\370423]; Barcelona, S. 4.ª, 16.10.2024 [JUR\2024\462148]) o de defectos de diseño y de fabricación (STS 27.7.2005 [RJ 2005\5101]), de defectos de diseño (SAP Granada, S. 4.ª, 5.7.2013 [JUR 2013\329302]) o de información, como las SSTS 9.12.2010 (RJ 2011\1408; 28.5.2012 [RJ\2012\6545]; SAP A Coruña, S. 5.ª, 15 May. 2017 [JUR\2017\173878].

[184] Por eso, al menos de entrada, el análisis riesgo-utilidad debería mantenerse en un estrato general y no adoptar la modalidad relativa al diseño alternativo razonable, puesto que, en tal caso, la valoración se encuentra más próxima a la eventual conducta del fabricante que a las características del producto en sí (cfr. Santos; Fairgrieve; Machnikowski; Borghetti; Keirse; Del Olmo; Rajneri; Schmon; Ulfbeck; Vallone, Zech, *ERPL,* 2021, pp. 130-131).

[185] Véase, en este mismo sentido, Santos; Fairgrieve; Machnikowski; Borghetti; Keirse; Del Olmo; Rajneri; Schmon; Ulfbeck; Vallone, Zech, *ERPL,* 2021, p. 131.

responsabilidad[186]. El producto que no es defectuoso en el momento de su introducción en el mercado o de su puesta en servicio sigue sin serlo, aunque, con posterioridad, cambien las expectativas de seguridad sobre el mismo porque otras unidades del producto se introducen en el mercado o se ponen en servicio con medidas de seguridad adicionales[187]. El momento relevante para la determinación del defecto es el de la introducción en el mercado o puesta en servicio (o, en el último momento, el de la pérdida de control del fabricante) de la unidad concreta del producto, con independencia de lo que ocurra en relación con mejoras posteriores incorporadas en unidades ulteriores del producto, lo que confirma la importancia de la circunstancia contemplada en la letra e) del artículo 7.2 Directiva.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el precepto no descarta totalmente que las mejoras de seguridad en unidades subsiguientes de la serie puedan llegar a justificar la conclusión contraria y deducir que el producto era defectuoso en el momento de su comercialización. Tan solo precisa que no puede llegarse a esta conclusión de manera automática: «*por la única razón* de que un producto mejor (…) se introduzca en el mercado o ponga en servicio posteriormente». En este sentido, pues, nada impide que la introducción de una mejora ulterior en la seguridad del producto, junto con la ponderación de las demás circunstancias concurrentes, lleve a concluir que el producto era, en efecto, defectuoso, cuando se introdujo en el mercado o se puso en servicio, y que la mejora venía a corregir el defecto preexistente. En tal caso, la mejora no sería una simple adaptación técnica de la seguridad a la evolución del estado del conocimiento científico y técnico, sino un indicio del carácter defectuoso del producto[188]. Por lo demás, la norma tiene un impacto en el terreno de la prueba, porque implica que el demandante que quiere probar el defecto tiene que ir más allá de la simple prueba de que se introdujo una mejora en la seguridad del producto[189].

---

[186] Así justifica la regla el cdo. 35 del preámbulo de la Directiva: «En interés de dar una amplia oferta a los consumidores y con el fin de fomentar la innovación, la investigación y el fácil acceso a las nuevas tecnologías, la existencia o posterior introducción en el mercado de un producto mejor no debe llevar por sí misma a la conclusión de que un producto es defectuoso». Para la Directiva anterior, entre otros, Rabl, 2017, § 5, Rn.z. 102, p. 157, Solé Feliu, 1997, pp. 458-459.

[187] En relación con la Directiva anterior, Taschner, Frietsch, 1990, artículo 6, Rdn. 31, p. 308. De forma ilustrativa, señala Parra Lucán, 2014, p. 249 que la regla trata de «eludir la aplicación de estándares de seguridad de hoy a los productos de ayer».

[188] Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2017, § 3, Rdn. 64, p. 146; Parra Lucán, 2014, pp. 249-250; Macía Morillo, 2022, p. 2011.

[189] Rabl, 2017, § 5, Rz. 104, pp. 157-158; Macía Morillo, 2022, p. 2012; Gutiérrez Santiago, 2008, p. 89.

El texto del actual artículo 7.3 sustituye el concepto de puesta en circulación del producto de la anterior Directiva de 1985 por el de su «introducción en el mercado o puesta en servicio», en coherencia con la letra e) del mismo artículo 7.2 de la Directiva actual y el resto del articulado de la norma (cfr. art. 11.1.a), c), e) Directiva). Además, sustituye la anterior expresión «producto más perfeccionado» por la de «producto mejor», que incluye cualquier tipo de producto, tangible o intangible, tal y como se define en el artículo 4.1) de la Directiva[190]. Además, el legislador precisa que «producto mejor» también «incluye las actualizaciones o mejoras» («*updates and upgrades*» en la versión inglesa de la Directiva), conceptos que deben entenderse referidos específicamente a los programas informáticos (*software)*, pues así resulta de los distintos momentos en los que la Directiva utiliza la expresión, asociada siempre al concepto de programa informático[191]. Aunque, en sentido amplio, podría hablarse tan solo de «actualización»[192], el hecho de que el precepto distinga hace pensar que incorpora la distinción consolidada en el contexto de la tecnología informática, según la cual una «actualización» (*update)* supone un cambio menor dentro de la misma versión del programa informático, mientras que «mejora» (*upgrade)* implica una modificación sustancial en forma de nueva versión del programa. En el caso que nos ocupa, una y otra deben referirse a los aspectos relativos a la seguridad del producto.

Finalmente, un debate que la doctrina ha venido teniendo desde la aprobación del originario artículo 6.3 Directiva 1985 es el relativo a si la regla relativa al producto mejorado (o, en el régimen anterior, más perfeccionado) limita su ámbito de aplicación a los defectos de diseño, o si también se aplica a los defectos de fabricación y de información. En el caso de reducir su eficacia a los defectos de diseño, la consecuencia es que, cuando la falta de la seguridad esperada tiene su origen en un defecto de fabricación o de información, la simple mejora de la seguridad del producto podría fundamentar la apreciación automática de que las unidades puestas en el

[190] Artículo 4: «A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) «"producto": cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble o interconectado con estos; incluye la electricidad, los archivos de fabricación digital, las materias primas y los programas informáticos».

[191] Véanse, por ejemplo, los cdos. 18 y 19 del preámbulo; artículo 4.5.a) i) y b); artículo 11.2.b) y c).

[192] Así lo hacen, por ejemplo, tanto el Reglamento europeo sobre inteligencia artificial (Reglamento (UE) 2024/1689), como el Reglamento europeo sobre ciberresiliencia (Reglamento (UE) 2024/2847), los cuales se limitan a hablar de «actualizaciones», probablemente en sentido amplio y sin mayores matizaciones.

mercado con anterioridad eran defectuosas[193]. En contra de esta opinión se posiciona la doctrina dominante, conforme a la cual el texto del precepto no establece limitación alguna por razón de la tipología de defectos, por lo demás, ajena a la Directiva misma. Por esta razón, tiene sentido sostener que el legislador está pensando en la concepción de defecto unitaria definida en el apartado 1 del mismo artículo, entendida como falta de la seguridad esperada, la cual incluye tanto los defectos de diseño, como los de fabricación e información[194].

VII. **CONCLUSIONES**

La definición de defecto contenida en el artículo 7 de la nueva Directiva sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos sigue, en líneas generales, el modelo establecido en la Directiva anterior, basado en el test de las expectativas de seguridad. El nuevo texto, sin embargo, introduce algunos cambios sustanciales en la definición de defecto y amplia el número de circunstancias evaluables para su determinación.

Pese a los debates existentes al respecto, la nueva Directiva mantiene el mismo régimen de responsabilidad objetiva establecido en la normativa anterior, como se explicita en su cdo. 2 y confirma la ausencia del requisito de la culpa entre los presupuestos de la responsabilidad (art. 10.1), así como la ausencia de la prueba de la diligencia en el listado de causas de exoneración de los operadores económicos (art. 11). Aunque la definición del defecto introduce ciertos elementos de subjetividad en el sistema (nota 193), ello no implica necesariamente que el legislador europeo introduzca de forma subrepticia un régimen de responsabilidad por culpa. Como señala la doctrina comparada[195], los límites entre un régimen de responsabilidad objetiva y por culpa son difusos y se mueven en un *continuum* que admite gradaciones y matices. Desde este punto de vista, mientras el foco de atención se circunscriba al producto y no

[193] En este sentido, por ejemplo, Katzenmeier; Voigt, Kullmann, 2020, § 3, Rdn. 66, p. 146-147; Taschner, Frietsch, 1990, artículo 6, Rdn. 32, p. 308.

[194] En la doctrina germana, entre otros, Rolland, 1990, § 3, Rdn. 46, p. 142; Graft von Westphalen, Foerste, 2012, § 48, Rdn. 70; Rabl, 2017, § 5, Rz. 103, p. 157. En nuestra doctrina, Solé Feliu, 1997, pp. 467-468.

[195] Koch, Koziol, 2002, núms. 154-162, pp. 432-435; Martín-Casals, Ribot Igualada, 2003, p. 829. La incorporación en el listado del artículo 7.2 de estas circunstancias, junto con otras, como es el caso de la toma en consideración de las necesidades específicas del grupo de usuarios finales, introduce ambigüedad e imprecisión, por cuanto que, al tratarse de cuestiones subjetivas e interpretables, aumentarán la litigiosidad.

a la conducta (diligente o negligente) del operador económico, el régimen se mantiene dentro del ámbito de la responsabilidad objetiva. El hecho de que la responsabilidad se condicione a la prueba del defecto en el producto (artículos 7 y 10 Directiva) o que se contemplen numerosas causas de exoneración a favor de los operadores económicos (artículo 11 Directiva), indica simplemente que la responsabilidad objetiva se manifiesta en forma más atenuada que en un régimen de responsabilidad objetiva por mera causación del daño, sin que ello implique necesariamente adentrarse en terrenos propios de la culpa.

Una consecuencia de lo anterior es que la interpretación del concepto de defecto y, en particular, de las circunstancias enumeradas en el artículo 7 de la Directiva, debe mantenerse en el terreno de la objetividad[196]. De acuerdo con ello, tiene sentido que el cdo. 30 indique que la «seguridad que una persona tiene derecho a esperar» –que es el elemento central de la noción de defecto– debe tener en cuenta la seguridad que «el gran público tiene derecho a esperar» y no referirse a la seguridad esperada por una persona concreta, ya sea el perjudicado concreto o el particular fabricante del producto defectuoso. Tampoco puede centrarse en la seguridad del consumidor o usuario medios del producto, por cuanto que la Directiva no es estrictamente de consumidores[197]. Se trata de una Directiva de responsabilidad civil extracontractual, en la que el sujeto protegido es «toda persona física que sufra daños» (artículo 5), con independencia de si posee o no la condición de consumidor[198]. Por esta razón, sería aconsejable que la transposición española de la nueva Directiva no se incorporase al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuario[199], volviendo a la idea de una ley especial, como se hizo, con ocasión de la primera transposición de la Directiva de 1985, a través de la Ley 22/1994, de 6 de julio[200].

---

196 Piovano, Hess, 2024, Rn. 6, p. 84.

197 Piovano, Hess, 2024, Rn. 3, p. 23.

198 En el marco de la anterior Directiva de 1985, la doctrina española más autorizada ya reconocía que su ámbito de aplicación iba más allá de la protección de los consumidores: por todos, Gómez Pomar, 2008, pp. 669-672; Parra Lucán, 2011, p. 42.

199 Sobre los problemas derivados de la transposición de la Directiva de productos defectuosos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, puede verse, entre otros, Martín Casals, Solé Feliu, *RDP,* 2008, pp. 79-111.

200 En efecto, la primera transposición de la Directiva de productos defectuosos se llevó a cabo mediante la Ley 22/1994, de 6 de julio, *de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos* (*BOE*, núm. 161, de 7 de julio de 1994), y fue con posterioridad que sus disposiciones se integraron en los actuales artículos del 135-146 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (*BOE* núm. 287, de 30 de noviembre de 2007). En este mismo sentido se pronuncia también Pérez García. 2025, pp. 229-230, para quien, en la medida en que la

El concepto de defecto del producto del artículo 7 de la Directiva es, entonces, un concepto objetivo y normativo, suficientemente amplio como para incluir en él a las tres categorías clásicas de defecto. La concreción de ese concepto se lleva a cabo a partir de la consideración de «todas las circunstancias», con particular atención a las que enumera, a título ejemplificativo, el segundo apartado del artículo. En este punto, el legislador de 2024 amplía sustancialmente el número de circunstancias descritas, en comparación con las que establecía la Directiva de 1985.

Algunas de esas circunstancias se refieren a aspectos que caracterizan a productos tecnológicamente complejos, sistemas de inteligencia artificial o productos que pueden exponer a los perjudicados a riesgos derivados de ciberamenazas [cfr. art. 7.2.c), d) o f)].

A través de otras circunstancias, el legislador europeo refleja la progresiva interconexión entre las normas sobre responsabilidad civil por productos y las normas preventivas sobre seguridad de los productos, cada vez más numerosas en el contexto de la UE [p. ej. art. 7.2.f) y g)]. La importancia de las normas sobre seguridad se ha reforzado también en el apartado 1 del precepto, con la llamada al «Derecho de la Unión o nacional» a la hora de fijar «la seguridad que una persona tiene derecho a esperar» como elemento central del defecto. Ahora bien, el papel que el derecho sobre seguridad de los productos tiene en la determinación del defecto debe matizarse. Por un lado, tiene lógica que el incumplimiento de los requisitos y medidas obligatorios contemplados en normas reguladoras de la seguridad de los productos en la UE o en los ordenamientos nacionales permita presumir el defecto, como hace el actual artículo 10.2.b) de la Directiva al incorporar una presunción legal de defecto en tal sentido. En cambio, no parece que pueda mantenerse la presunción contraria, en el sentido de que el mero cumplimiento de esas normativas sea suficiente para exonerar al operador económico responsable. Las normas sobre seguridad de los productos son fruto del acuerdo del legislador en un momento determinado y su actualización –en los casos en que llega a producirse– no siempre es simultánea al avance del conocimiento científico y técnico. Por esta razón, los requisitos obligatorios de seguridad establecidos por el Derecho de la Unión o nacional no siempre estarán al mismo nivel que las expectativas de seguridad del público en gene-

---

Directiva de productos no es una norma de Derecho del consumo sino de responsabilidad civil, lo más adecuado es que su incorporación se realice mediante una ley especial que regule exclusivamente esta materia. El mismo autor también plantea, como propuesta alternativa, la incorporación de las normas de transposición en el Código Civil, aunque reconoce que esto sería tan solo posible en el caso de que el legislador español emprendiera una reforma integral del derecho de la responsabilidad civil en el Código, escenario que califica como «harto improbable».

ral, que son las relevantes para conformar el defecto del producto determinante de la responsabilidad.

Otras circunstancias introducidas en el artículo 7 de la Directiva consolidan legislativamente criterios de interpretación del defecto que el TJUE había venido desarrollando en aplicación de la Directiva anterior [como es el caso de la jurisprudencia *Boston* y su reflejo en el actual artículo 7.2.h)] o bien clarifican dudas que se planteaban en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva [art. 7.2.i)].

Finalmente, la circunstancia contenida en la letra e) del artículo 7.2 modifica el alcance de la noción de defecto de la Directiva anterior y sustituye el tradicional «momento de la puesta en circulación del producto» –como criterio temporal de evaluación del defecto– por el de su «introducción en el mercado o puesta en servicio» o, para el caso de que el fabricante conserve el control sobre el producto después de ese momento, el «momento en que el producto dejó de estar bajo el control del fabricante». El momento de la puesta en circulación se adaptaba bien a los productos manufacturados clásicos, entendidos como bienes muebles corporales, cuyo control material el fabricante perdía en el momento de ponerlos en circulación. Sin embargo, se compagina mal con una definición más amplia de producto que incluye tanto el *software* como productos que, una vez introducidos en el mercado, se interconectan con otros productos, servicios o contenidos digitales, los cuales pueden provocar la aparición de nuevos defectos en el producto originario. Tampoco se adapta bien a las actualizaciones de *software* que se llevan a cabo, puntual o periódicamente, con posterioridad a la introducción del producto en el mercado. El legislador europeo tiene en cuenta estas problemáticas y asume un momento temporal más flexible y mejor adaptado a las necesidades actuales. Esa misma necesidad de adaptación de la normativa a productos que incorporan «actualizaciones o mejoras» se refleja también en el artículo 7.3 Directiva, que contiene la regla relativa al producto mejorado.

En último término, conviene tener en cuenta que, entre las presunciones legales de defecto contenidas en el artículo 10.2 de la Directiva, no se incluye ninguna presunción coincidente con la del actual artículo 137.2 TRLGDCU, según el cual «[E]n todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie». Esta regla no se encontraba en el texto de la Directiva de 1985 y fue introducido por el legislador español en la ley de transposición pensando, principalmente, en los defectos de fabricación[201]. Si nos atenemos

[201] Gutiérrez Santiago, 2008, p. 87.

al mandato del actual legislador europeo previsto en el artículo 3 de la Directiva (nivel de armonización), según el cual «los Estados miembros no mantendrán ni introducirán, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, incluidas disposiciones más o menos estrictas, para alcanzar un nivel diferente de protección de los consumidores y de otras personas físicas, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva», parece difícil pensar que la futura ley de transposición española pueda incorporar una previsión semejante mediante una ampliación del listado de las presunciones legales del artículo 10.2.[202]

Con todo, esto no parece un problema porque la presunción del actual artículo 137.2 TRLGDCU tiene perfecta cabida dentro de la presunción –más amplia– contenida en la letra c) del artículo 10.2 de la Directiva: la prueba por el demandante de que el concreto producto causante del daño ofrecía una seguridad inferior al resto de ejemplares de su misma serie, puede ser un modo de demostrar que «el daño fue causado por un mal funcionamiento manifiesto del producto durante un uso razonablemente previsible o en circunstancias normales». Ello, sin perjuicio de que, en el terreno estricto de la valoración judicial de la prueba, la desviación del estándar de seguridad de la serie pueda fundamentar también una presunción judicial del defecto (cfr. artículo 386 LEC). Tal presunción tendrá menor fuerza que las presunciones legales contempladas en el artículo 10.2, en la medida que dependerá totalmente de la valoración que la autoridad judicial realice de «todas» las circunstancias del caso, entre las cuales podrá incluir la desviación del estándar de seguridad de la serie.

BIBLIOGRAFÍA

Ataz López, Joaquín: «Daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial», *Working paper 4/2020*, Universitat de Barcelona, pp. 1-56 (accesible en: https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/169850/1/WP_2020_4%20%28Ataz%29.pdf [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025]).

Atienza Navarro, María Luisa: «¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», *Indret* 2/2023, pp. 1-53.

[202] En la misma línea, Pérez García, 2025, p. 232.

BORGHETTI, Jean-Sébastien: «Product Liability in France», in Machnikowski, Piotr (Ed.), *European Product Liability*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2016, pp. 205-236.

DEL OLMO GARCÍA, PEDRO: «Responsabilidad contractual y extracontractual: la situación doctrinal en España», ADC tomo LXXVII, 2024, fasc. IV, pp. 1629-1676.

EBERS, Martin: «La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de la responsabilidad civil?», *Indret* 3/2016, pp. 1-22.

EUROPEAN LAW INSTITUTE: «ELI Response to Public Consultation on Civil Liability Adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence», *European Law Institute*, Vienna, 2022, (accesible en: https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_to_Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025]).

FAIRGRIEVE, DUNCAN *et al.*: «Product Liability Directive», en Machnikowski, Piotr (Ed.), *European Product Liability*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2016, pp. 17-108.

FEDTKE, Jörg, y MAGNUS, Ulrich: «Strict Liability in Germany», en Koch, Bernhard A. / Koziol, Helmut (Eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability,* The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2002, pp. 147-176.

FERNÁNDEZ VAQUERO, Jorge Luís: «Comentario al artículo 386», en Francisco Marín Castán (DIR.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1655-1656.

FERRER BELTRÁN, Jordi: «La decisión probatoria», en Jordi Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, pp. 397-458.

GARCÍA-MICÓ, Tomás Gabriel: *Robótica quirúrgica y derecho de daños,* Barcelona, Marcial Pons/Colegio Notarial de Catalunya, 2024.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: «Editorial. La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *Indret* 4/2022, pp. 1-7.

GÓMEZ POMAR, Fernando: «Ámbito de protección de la responsabilidad de producto», en Salvador Coderch, Pablo / Gómez Pomar, Fernando (ed.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante,* Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 657-718.

GONZÁLEZ BELUCHE, Paloma: «La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial», *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, (octubre 2023), Vol. 15, núm. 2, pp. 446-488.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: *Daños causados por productos defectuosos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

HACKER, Philipp: «The European AI liability directives –Critique of a half-hearted approach and lessons for the future», *Computer Law & Security Review,* 51 (2023) 105871, pp. 1-42.

KATZENMEIER, Christian; VOIGT, Tobias, y KULLMANN, Hans Josef: *ProdHaftG,* 7. Aufl, Erich Schmidt, 2020.

KÖTZ, Hein, y WAGNER, Gerhard: *Deliktsrecht*, 13. Aufl, München, Vahlen, 2016.

MACÍA MORILLO, Andrea: «Comentario al artículo 137. Concepto legal de producto defectuoso», en Cañizares Laso, Ana, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1993-2012.

MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi, y SOLÉ, Josep: «Strict Liability in Spain», en Koch, Bernhard A., y Koziol, Helmut (Eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability,* The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2002, pp. 281-321.

MARTÍN-CASALS, Miquel, y RIBOT IGUALADA, Jordi: «La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general», en Cámara Lapuente, Sergio (Coord.), *Derecho Privado Europeo,* Madrid, Colex, 2003, pp. 827-856.

MARTÍN-CASALS, Miquel (Ed.): *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*, Cambridge, Intersentia, 2019.

MARTÍN CASALS, Miquel: «Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *Indret* 3/2023, pp. 55-100.

— «Líneas generales de la nueva Directiva europea de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», *Actualidad Jurídica,* núm. 50, julio 2024, pp. 35-76.

MARTÍN CASALS, Miquel, y SOLÉ FELIU, Josep: «¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el Texto refundido de la LGDCU», *RDP septiembre-octubre 2008*, pp. 79-111.

— «Product Liability in Spain», in Machnikowski, Piotr (Ed.), *European Product Liability*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2016, pp. 407-457.

MAYRHOFER, Ann-Kristin: «Product liability in the age of AI – Proposal for a "two track" solution», *Revista Electrónica de Direito (RED),* Fevereiro 2024, núm. 1 (vol. 33), pp. 105-127.

MÜNCHKOMM, y WAGNER: *Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz-ProdHafG),* Band, 5: Schuldrecht. Besonderer Teil III, 4. Aufl, Münche, Beck, 2004, Einleitung ProdHaftG, pp. 2347-2476.

NAVAS NAVARRO, Susana: «Seguimos necesitando normas de responsabilidad civil en caso de daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo», *Revista Cesco de Derecho de consumo,* núm. 44/2022*,* pp. 1-6.

— *Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial*, Comares, Granada, 2022.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: «La prueba en los procesos de responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial. Análisis del Derecho vigente y de las propuestas normativas de la UE», *InDret* 3/2024*,* pp. 395-445.

PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios,* Madrid, Reus, 2011.

— «Responsabilidad civil por productos defectuosos», en L. Fernando Reglero Campos / José Manuel Busto Lago (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil,* 5.ª, T. II, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 179-329.

PASQUAU LIAÑO, Miquel: «Daños causados por productos», en Rebollo Puig, Manuel / Yzquierdo Carrasco, Manuel (Coord.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007): adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 1833-1904.

PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: «La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: análisis de la Directiva (UE) 2024/2853 y una pro-

puesta de lege ferenda de incorporación al Ordenamiento español», *InDret* 3/2025, pp. 206-239.

Piovano, Christian, y Hess, Christian: *Das neue europäische Produkthaftungsrecht. EU-Produkthaftungsrichtlinie (ProdHaftRL),* 1. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2024.

Rabl, Christian: *Produkthaftungsgesetz. Kommentar*, Wien, Lexis Nexis, 2017.

Ramos González, Sonia, y Gili Saldaña, Marian: «El producto sanitario implantable que presenta un riesgo anormal de avería es defectuoso, aunque no se haya causado daño físico alguno y su fabricante es responsable de los perjuicios relacionados con la operación quirúrgica de sustitución del producto», *Revista CESCO de Derecho del consumo,* núm. 15/2015, pp. 193-200.

Rolland, Walter: *Produkthaftungsrecht. Kommentar,* Franz Rehm, München, 1990.

Salvador Coderch, Pablo, y Ramos González, Sonia: «Defectos de producto», en Salvador Coderch, Pablo / Gómez Pomar, Fernando (Ed.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante,* Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 135-219.

Salvador Coderch, Pablo, y Rubí Antoni: «Elaboración del producto conforme a normas imperativas existentes», Salvador Coderch, Pablo / Gómez Pomar, Fernando (Ed.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante,* Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 568-585.

Santos Silva, Marta; Fairgrieve, Duncan; Machnikowski, Piotr; Borghetti, Jean-Sébastien; Keirse, Anne L. M; Del Olmo, Pedro; Rajneri, Eleonora; Schmon, Christoph; Ulfbeck, Vibe; Vallone, Vera & Zech, Herbert: «Relevance of Risk-benefit for Assessing Defectiveness of a Product: A Comparative Study of Thirteen European Legal Systems», *European Review of Private Law* 1-2021, pp. 91-132.

Solé Feliu, Josep: *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

— «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 9 de diciembre de 2010. Daños causados por prótesis mamarias supuestamente defectuosas», *CCJC n.* 88/2012, pp. 73-104.

— «Prótesis de cadera potencialmente peligrosa y defecto del producto ¿hacia una expansión de la noción de defecto. Comentario a la STS de 1 de marzo de 2021», *CCJC* n. 117/2021*,* pp. 231-252.

— «Comentario al artículo 140. Causas de exoneración de la responsabilidad», en Cañizares Laso, Ana, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 2049-2085.

Taschner, Hans Claudius, y Frietsch, Edwin: *Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie,* 2. Aufl, München, Beck 1990.

The American Law Institute: *Restatement of the Law Third: Products Liability,* St. Paul Minn., 1998.

Twigg-Flesner, Christian: *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age,* Vienna, European Law Institute, 2021 (Disponible en: https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf [Fecha de consulta: 6 de marzo de 2025]).

Wagner, Gerhard: «Produkthaftung für das digitale Zeitalter – ein Paukenschlag aus Brüssel», *Juristen Zeitung (JZ),* 1/2, 78 Jahrgang. 13 de enero de 2023, pp. 1-11.

SENTENCIAS CITADAS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJCE 29 de mayo de 1997, *Comisión v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte,* Asunto C-300/95.
- STJCE 10 de enero de 2006, *Skov c. Bilka,* Asunto C-402/03.
- STJUE 9 de febrero de 2006, *Declan O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD y Sanofi Pasteur SA*. Asunto C-127/04.
- STJUE de 5 de marzo de 2015, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH c. AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse* (Asunto C-503/13), *Betriebskrankenkasse RWE* (Asunto C-504/13).

REINO UNIDO

- *Wilkes v. Depuy International Ltd*. [2016], QBD, n. 82. Disponible en: https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7db60d03e7f57eb27f0 (Fecha de consulta: 13 de mayo de 2025).

TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Civil, 25 de junio de 1996 [RJ\1996\4853], Ponente: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.
- STS, Civil, 6 de mayo de 1998 [RJ\1998\2934], Ponente: José Luis Albácar López.
- STS, Civil, 8 de febrero de 2000 [RJ\2000\840], Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.
- STS, Civil, 27 de julio de 2005 [RJ\2005\5101], Ponente: Jesús Corbal Fernández.
- STS, Civil, 7 de noviembre de 2008 [RJ\2009\137], Ponente: Clemente Auger Liñán.
- STS, Civil, 9 de diciembre de 2010 [RJ\2011\1408], Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.
- STS, Civil, 28 de mayo de 2012 [RJ\2012\6545], Ponente: José Antonio Seijas Quintana.
- STS, Civil, 13 de enero de 2015 [RJ\2015\612], Ponente: Rafael Sarazá Jimena.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Les Illes Balears, S. 5.ª, 28 de diciembre de 2006 [AC\2007\155].
- SAP Barcelona, S. 17.ª, 18 de abril de 2008 [AC\2008\1609].
- SAP Granada, S. 4.ª, 5 de julio de 2013 [JUR\2013\329302].
- SAP Madrid, S. 12.ª, 30 de diciembre de 2013 [AC\2014\192].
- SAP A Coruña, S. 5.ª, 15 de mayo de 2017 [JUR\2017\173878].
- SAP Burgos, S. 3.ª, 26 de febrero de 2024 [JUR\2024\146277].
- SAP Les Illes Balears, S. 4.ª, 5 de julio de 2024 [JUR\2024\370423].
- SAP Barcelona, S. 4.ª, 16 de octubre de 2024 [JUR\2024\462148].

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

LANA ARCEIZ, Víctor Javier: *El deber de mitigar el daño*, Cizur Menor, Aranzadi, 2025, 322 pp.

El deber de mitigar el daño se entiende bien observando el funcionamiento de una operación de reemplazo en una compraventa. Un fabricante adquiere una cantidad de materia prima que necesita para el funcionamiento ordinario de su fábrica y el vendedor, incumpliendo su obligación, no realiza la entrega. Se producirá un daño del que el vendedor tendrá que responder, pero este daño puede ser mayor o menor dependiendo de la conducta que adopte el comprador tras el incumplimiento. Si no hace nada para sustituir los materiales no recibidos, puede que tenga que paralizar su producción, lo que elevará la cuantía final del daño. Si, por el contrario, realiza una compra de cobertura, es decir, acude al mercado para adquirir con urgencia de otro proveedor los materiales que necesita para seguir produciendo, aunque para ello tenga que pagar un precio superior al pactado inicialmente y probablemente también al de mercado, no tendrá que parar la producción, y los daños causados por el incumplimiento serán mucho menores.

A estudiar esta cuestión se dedica el libro que se reseña, que recoge la tesis doctoral defendida en la Universidad de Navarra por Víctor Lana, joven y brillante abogado con experiencia en el arbitraje internacional que trabaja en un prestigioso bufete madrileño. El hecho mismo de que alguien en la situación del autor haya podido llevar a buen puerto un trabajo como éste habla sin duda mucho y bien de él, de sus directores, y probablemente de sus empleadores. La tesis estaba codirigida por los profesores de la misma Universidad Xabier Basozábal Arrúe y Alberto Muñoz Fernández. El tema forma parte del entorno de inquietudes de una escuela de la que también forman parte el presidente del tribunal de la tesis (Fernando Pantaleón) y una de sus integrantes (Ana Soler Presas), que por otro lado son dos de los grandes expertos en la materia.

El punto de partida de la obra comentada es que el deber de mitigar existe *de lege lata* en nuestro Derecho, y carecemos de una regulación interna

* El *ADC* se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

suficiente, pero ésta se puede construir empleando como base el artículo 77 de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG).

Por un lado, es cierto que nuestro Derecho interno no regula bien la materia. El Código civil carece de una norma específica que establezca un deber de mitigar el daño con carácter general. La institución solo está regulada en algunas normas sectoriales y de modo fragmentario (p. e., art. 17 Ley del Contrato de Seguro, artículo 427 Ley de Navegación Aérea, y artículo 1.2 LRCSCVM). Hay sentencias en que el Supremo reconoce la existencia del deber, pero son pocas y tal vez poco contundentes (p. e., SSTS 15 de noviembre de 1994, STS 9 de abril de 2012, 7 de noviembre de 2013, 4 de marzo de 2015 y 18 de enero de 2021). Seguramente, solo con estos mimbres no se puede configurar una institución.

Por otro lado, la Convención sobre compraventa internacional de Mercaderías, de Derecho uniforme, auspiciada por la ONU y UNCITRAL y aprobada en Viena en 1980, es desde que fue ratificada por España en 1990 el Derecho aplicable en nuestro país a las compraventas internacionales de mercaderías no de consumo cuando ambas partes tienen establecimiento en Estados parte de la Convención.

La regulación sobre el deber de mitigar el daño está contenida en el artículo 77 CISG, según el cual la parte que invoque el incumplimiento del contrato «deberá adoptar las medidas que sean razonables… para reducir la pérdida… resultante del incumplimiento» y, en caso contrario, «la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida».

Varios datos abonan la conveniencia de utilizar el artículo 77 CISG como punto de partida. Ya desde un principio gozó de buena aceptación entre los operadores jurídicos y la doctrina, su contenido ha sido incorporado a los demás instrumentos de *soft law* de Derecho de obligaciones surgidos posteriormente (7.4.8 PICC, 9:505 PECL, III.-3:705 DCFR, 163 CESL), y sobre él existe abundante jurisprudencia de los tribunales nacionales de los países miembros, jurisprudencia disponible en inglés a través de la base de datos gestionada por la Universidad de Basilea (https://cisg-online.org/search-for-cases) de la que el autor ha hecho uso abundante y adecuado.

El autor es consciente de que la importación y trasplante de instituciones nacidas en otros sistemas jurídicos debe hacerse con cuidado y prestando atención tanto a la función que cumple la institución trasplantada en el sistema de origen como a la posibilidad de que esa función sea cumplida por una institución distinta en el sistema de destino. Cada posible aplicación se estudia de manera individualizada, pero la conclusión del autor siempre resulta favorable al trasplante.

El capítulo segundo se dedica a estudiar los antecedentes históricos de la institución. Aquí se pone de manifiesto el distinto enfoque adoptado por las tradiciones continental y anglosajona. La primera ha quedado marcada por el planteamiento causalista de Pothier. Para él, la conducta del acreedor que no pone los medios para mitigar el daño producido por el incumplimiento supone la interrupción del nexo causal e impide la imputación de los daños al deudor incumplidor, como cuando el vendedor vende una vaca enferma y el comprador se da cuenta pero no pone los medios para proteger a las demás, que terminan contagiándose. Este planteamiento se ha terminado plasmando en los Códigos civiles alemán (§ 254 BGB) e italiano (art. 1227 CCI) y es el que subyace en la mayoría de la doctrina española. Por el contrario, en la tradición del *Common law*, de la que procede el sistema de

remedios adoptado por la CISG, el deber de mitigación no tiene nada que ver con la causalidad del daño, y se explica simplemente como un límite a la indemnización por daños y perjuicios, que es el remedio principal previsto para el caso de incumplimiento.

En el marco de estos dos modos de entender su fundamento, el autor dedica buena parte del capítulo tercero a defender que el deber de mitigación debe entenderse desde una perspectiva no causalista. Para ello emplea múltiples argumentos. La inactividad del contratante no incumplidor no puede ser causa de nada; el incumplimiento no puede constituir al contratante que lo sufre en situación de garante; la inactividad tiene lugar cuando el incumplimiento ya se ha producido; la no mitigación puede no ser imputable al no incumplidor; y si se entendiera que hay ruptura del nexo causal el artículo quedaría vacío de objeto. Por tanto, el incumplimiento del deber de mitigación no es una ruptura del nexo causal, sino un criterio ulterior de delimitación de la indemnización de daños y perjuicios. Una afirmación razonable y convincente, aunque tal vez se podrían haber explicado mejor cuáles son las consecuencias prácticas de adoptar una u otra postura.

El deber de mitigar el daño no es propiamente una obligación, sino una obligación no accionable, es decir, una carga. Según el autor, su fundamento se justifica suficientemente por el deber general de buena fe contractual. Quizá esto mereciera un poco más de reflexión, sobre todo teniendo en cuenta la contradicción que supone con el principio de resarcimiento integral del daño, según el cual el incumplidor debería asumir todos los perjuicios previsibles, razonables y evitables que ha causado (art. 1101 CC). ¿No puede ser que detrás de la preferencia por el deber de mitigar haya algo más, como el uso eficaz de los recursos, o el deseo de evitar incentivos perversos?

El capítulo cuarto, que es el más largo (un tercio del trabajo), pretende responder a las cuestiones más prácticas que se encuentra el operador jurídico al hacer uso de la regla, especialmente cuando se trata de concretar los márgenes de los conceptos jurídicos indeterminados utilizados por el texto legal. En efecto, la parte no incumplidora debe adoptar «*las medidas razonables, atendidas las circunstancias*» para mitigar el daño, pero ¿hasta dónde está obligado a llegar para lograr esa mitigación? Es aquí donde los ejemplos y soluciones procedentes de la jurisprudencia y doctrina extranjeras son más necesarios y útiles. El autor extrae de ellos una serie de parámetros que pueden orientar al intérprete en la determinación de esa razonabilidad, dependiendo del mercado en el que tiene lugar la operación (con facilidad para realizar una operación de cobertura o no), la distribución de riesgos prevista en el contrato, el carácter de los bienes o servicios contratados (perecederos o no), la procedencia de la financiación de la operación (propia o por terceros), etc.

El quinto y último capítulo se dedica a otro aspecto también muy práctico: la cuantificación del daño en los casos en que ha sido mitigado, y la reducción de la indemnización cuando no.

El deber de mitigar el daño presupone que ha habido un incumplimiento imputable a uno de los contratantes, pero exige también que el contratante no incumplidor no reaccione frente al incumplimiento resolviendo el contrato. Solo así puede pretender que se le indemnice atendiendo al interés positivo del contrato, es decir, que se le coloque en una posición equivalente a aquella en la que se habría encontrado si el contrato se hubiera cumplido correctamente.

Cuando el contratante no incumplidor consigue mitigar el daño, el daño mitigado no resulta reclamable. En efecto, gracias a su actuación, parte del

daño no ha llegado a producirse, y esa parte no puede ser reclamada. Por eso, cuando ha habido una operación de cobertura, los daños reclamables consistirán habitualmente en la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el que finalmente ha tenido que pagar de más el comprador en la compra de reemplazo, cuando quien incumplió fue el vendedor (o la diferencia entre el precio pactado y el que ha terminado teniendo que cobrar de menos el vendedor en la venta de reemplazo, cuando el incumplidor fue el comprador). A lo que deben sumarse los gastos y medidas razonables en que haya incurrido el acreedor en su tarea de mitigar el daño (ausentes del art. 77 CISG, pero incorporados a los textos de *soft law*).

Si, por el contrario, el contratante no incumplidor no realizó la operación de cobertura que habría permitido la mitigación, «la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida».

En conclusión, se trata de una obra novedosa, doctrinalmente sólida, y práctica, que aporta soluciones razonables y convincentes para resolver problemas muy reales que se presentan en el ámbito contractual. En este sentido, será bienvenida por estudiosos y operadores jurídicos por igual.

Javier Fajardo Fernández
Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Navarra

MAS BADÍA, M.ª Dolores: *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, 2024, 282 pp.

Cuando me sumerjo en las páginas de *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda* de M.ª Dolores Mas Badía, publicado en 2024 por Marcial Pons, siento que estoy ante una obra que, al modo de las grandes narrativas históricas que diseccionan las tensiones de una época, captura un momento crítico en la evolución del derecho español. Este libro, gestado en el marco del Proyecto de I+D+i PROMETEO/2021/013 de la Generalitat Valenciana, liderado por Josefina Boquera Matarredona, y vinculado a las actividades del Grupo de Investigación GIUV2017-399 «Bienestar, Seguro y Pensiones» de la Universitat de València, bajo la dirección de la propia Mas Badía, no se limita a ser un comentario técnico de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante, LDV). Va mucho más allá: es una exploración profunda y ambiciosa de cómo los conceptos de propiedad y vivienda –verdaderos pilares de la civilización moderna–están siendo sometidos a una redefinición radical en España, un país donde la relación entre el individuo y su hogar ha sido siempre un terreno de conflicto y contradicción. Lo anterior me sugiere que estamos ante un texto que no solo interpela a juristas, sino que también invita a sociólogos, economistas e historiadores a reflexionar sobre las fuerzas que moldean nuestra sociedad contemporánea.

El título de la obra, que evoca deliberadamente el ensayo de Virginia Woolf, *Una habitación propia*, no es un mero guiño literario. Mas Badía parece proponer una pregunta existencial: en pleno siglo XXI, ¿es el acceso a un espacio propio –un hogar digno y estable– un derecho alcanzable para todos, o sigue siendo un lujo reservado a unos pocos? Esta interrogante

resuena a lo largo de las 282 páginas del libro, estructurado en cuatro capítulos que funcionan como una progresión lógica, desde el contexto histórico y teórico hasta el análisis concreto de la constitucionalidad de la LDV. Sin embargo, lejos de ofrecer respuestas simplistas, la autora construye un relato que pone en evidencia las tensiones irresolutas entre el derecho a la vivienda (art. 47 CE) y el derecho de propiedad (art. 33 CE), dos principios constitucionales que, en la práctica, chocan con una frecuencia alarmante. Entiendo que este enfoque interdisciplinar y crítico es uno de los mayores méritos de la obra, aunque no está exento de defectos que, como señalaré más adelante, limitan su impacto práctico.

El primer capítulo, titulado «La Ley por el derecho a la vivienda en su contexto», sienta las bases de la discusión al explorar la naturaleza esquiva del derecho a la vivienda. Mas Badía lo describe como «un jardín de senderos que se bifurcan», una referencia a Borges que no solo es poética, sino también profundamente adecuada para ilustrar la ambigüedad jurídica de este derecho. El artículo 47 CE lo consagra como un principio rector, pero su falta de fuerza normativa directa –como señala la autora al citar abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC)– lo convierte en un ideal más aspiracional que exigible. Este punto me obliga a deducir que la LDV, al intentar concretar este derecho, se enfrenta a un desafío estructural: cómo transformar un mandato constitucional difuso en normas operativas sin vulnerar otros derechos fundamentales. La autora aborda esta cuestión examinando la conexión del derecho a la vivienda con bienes protegidos por la CE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), recurriendo a fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como el caso *Sporrong y Lönnroth c. Suecia* (1982), para ilustrar cómo los conflictos entre vivienda y propiedad exigen un juicio de proporcionalidad.

Este juicio de proporcionalidad, que Mas Badía califica de «puro» o «desleído» según su grado de rigor, es un elemento clave en su análisis. Por ejemplo, la autora explica cómo el TEDH ha ponderado el derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo 1 del CEDH) frente a intereses públicos, como la necesidad de garantizar vivienda a sectores vulnerables. Considero que esta discusión es particularmente iluminadora, pues revela que la solución a estas colisiones no puede basarse en reglas absolutas, sino en una evaluación caso por caso que equilibre los intereses en juego. Sin embargo, aquí surge uno de los primeros defectos que percibo en la obra: la autora no profundiza lo suficiente en cómo este principio se aplica específicamente a la LDV, dejando al lector con una sensación de generalidad que podría haberse enriquecido con ejemplos concretos de la normativa española. Esta omisión, aunque no invalida el argumento, resta precisión a un análisis que, por momentos, parece más teórico que práctico.

El contexto histórico de la LDV ocupa un lugar prominente en este capítulo inicial. Mas Badía traza una genealogía de las crisis que han justificado la intervención legislativa: el estallido de la burbuja inmobiliaria de 2007, que dejó a miles de familias desahuciadas; la pandemia de COVID-19, que agravó la precariedad habitacional; y las repercusiones económicas de la guerra en Ucrania, que han disparado los precios de la vivienda. Estos eventos, documentados con datos del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) y referencias a estudios como los de Naredo (2010), configuran un panorama de urgencia que la LDV pretende abordar. Lo que me resulta especialmente fascinante es cómo la autora conecta estas crisis con la preferencia cultural por la propiedad en España –donde más del 75 % de los hogares son

en régimen de propiedad, según el INE–frente a las ventajas del alquiler en contextos de movilidad o inestabilidad económica. La autora argumenta que esta inclinación, arraigada en una mentalidad histórica que Paolo Grossi describe como inherente a la propiedad, ha frustrado intentos previos de dinamizar el mercado del alquiler. La LDV, en este sentido, aparece como un esfuerzo por romper con ese legado, aunque Mas Badía sugiere que su éxito es incierto debido a defectos técnicos y resistencias estructurales.

El segundo capítulo, «La modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos por la Ley 12/2023 y otras medidas relacionadas», es el corazón técnico de la obra. Aquí, Mas Badía despliega un análisis exhaustivo de las reformas introducidas en la LAU, como las medidas de contención de la renta en zonas de mercado residencial tensionado (art. 18 LDV) y la definición de «gran tenedor» (art. 3.k LDV). La autora descompone este último concepto con precisión quirúrgica, explorando su ámbito territorial, los tipos de derechos reales que abarca (propiedad plena, usufructo, etc.) y las posibles maniobras fraudulentas para eludirlo, como la fragmentación artificial de la titularidad. Entiendo que este nivel de detalle es esencial para comprender las implicaciones prácticas de la LDV, pero también pone de manifiesto uno de sus defectos más evidentes: la vaguedad de algunos preceptos. Por ejemplo, la definición de «inmueble urbano de uso residencial» (art. 3.k LDV) carece de claridad suficiente, lo que podría generar interpretaciones dispares y socavar su aplicabilidad, un problema que Mas Badía señala pero no resuelve.

Otras medidas analizadas incluyen las nuevas prórrogas forzosas (arts. 10.2 y 10.3 LAU), que amplían la protección de los inquilinos en situaciones de vulnerabilidad, y el índice de referencia para la actualización anual de la renta (art. 5 LDV), que sustituye el IPC para limitar subidas abusivas. La autora también examina la prohibición de repercutir gastos de gestión inmobiliaria al arrendatario (art. 20 LAU), una medida que busca equilibrar la relación entre las partes. Sin embargo, lo que me llama la atención es la crítica implícita de Mas Badía a la falta de desarrollo normativo de estas disposiciones. Por ejemplo, la declaración de una zona como «tensionada» depende de reglamentos autonómicos que, al momento de la publicación, no estaban plenamente definidos, lo que introduce una incertidumbre jurídica significativa. Este defecto, que la autora atribuye a una técnica legislativa deficiente, me lleva a asumir que la LDV corre el riesgo de quedar atrapada en un limbo regulatorio, incapaz de cumplir sus objetivos sin una coordinación más efectiva entre el Estado y las comunidades autónomas.

El tercer capítulo, «Propiedad, arrendamiento y Constitución Española», estrecha el foco hacia las implicaciones constitucionales de la LDV, con un énfasis especial en las cuestiones competenciales. Mas Badía analiza la STC 37/2022, de 10 de marzo, que aborda la limitación de rentas en el marco de las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8 CE). La autora argumenta que este fallo refleja la dificultad de encajar las políticas de vivienda en el complejo reparto de competencias del Estado de las Autonomías, donde las comunidades autónomas ostentan amplias facultades en materia de vivienda (art. 148.1.3 CE), pero el Estado retiene la potestad sobre la legislación civil. Considero que este análisis es crucial, pues pone en evidencia cómo el diseño constitucional español no solo condiciona la LDV, sino que también genera un campo de batalla jurídica permanente. La autora cita el informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al

anteproyecto de la LDV, que advirtió sobre estos problemas, pero lamenta que tales advertencias no se tradujeran en una redacción más sólida.

Un aspecto particularmente sugerente de este capítulo es la discusión sobre la «función social» de la propiedad (art. 33.2 CE). Mas Badía traza su evolución desde el modelo liberal-burgués del siglo XIX, centrado en la libertad del propietario, hasta una concepción moderna que incorpora nociones de desigualdad, vulnerabilidad y ética del cuidado. La autora cita a autores como Duguit y Rodotà para argumentar que la propiedad ya no puede entenderse como un derecho absoluto, sino como un instituto subordinado a fines sociales. Este planteamiento me obliga a reflexionar sobre cómo la LDV, al imponer límites al poder del arrendador, encarna esta transformación. Sin embargo, la autora no esquiva las críticas: señala que la falta de un criterio claro para delimitar el «contenido esencial» de la propiedad (art. 33.1 CE) deja a la LDV en una posición vulnerable frente a recursos de inconstitucionalidad, como los ocho interpuestos tras su aprobación.

El cuarto capítulo, «Valoración de la constitucionalidad de las medidas de contención de la renta del arrendamiento en la Ley 12/2023», es el más denso y polémico. Mas Badía evalúa la STC 79/2024, de 21 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Junta de Andalucía contra varios preceptos de la LDV. La sentencia declara inconstitucional el inciso segundo del artículo 19.3 LDV –que regula la información exigible a los grandes tenedores en zonas tensionadas– por exceder las competencias estatales, pero preserva la posibilidad de limitar rentas si las autonomías las desarrollan adecuadamente. La autora aplica el juicio de proporcionalidad en tres pasos –idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta–para determinar si estas medidas respetan el contenido esencial de la propiedad. Concluye que, aunque persiguen un fin legítimo (garantizar el acceso a la vivienda), podrían existir alternativas menos invasivas, como incentivos fiscales o el aumento de vivienda pública, un punto que respalda con referencias a estudios de Nasarre Aznar (2020).

Este análisis me sugiere que la LDV camina por una cuerda floja constitucional, como se ha terminado confirmando posteriormente en ciertos aspectos con las SSTC 79/2024, de 21 de mayo, y 26/2025, de 29 de enero. Mas Badia critica la falta de precisión en conceptos como «zona de mercado residencial tensionado», cuya definición (art. 18 LDV) depende de indicadores subjetivos que podrían ser impugnados judicialmente. Además, señala que la remisión constante a normas autonómicas genera un mosaico regulatorio incoherente, un defecto que el TC ya ha sancionado en leyes autonómicas previas (STC 93/2015). La autora también lamenta la contaminación de la terminología civil por conceptos administrativos, como «uso residencial», que diluyen la claridad jurídica. Estos fallos técnicos, sumados a la ausencia de una base de datos nacional de arrendamientos (art. 9.2 LDV), me llevan a deducir que la ley, pese a sus intenciones, podría naufragar en su implementación práctica.

Las «Reflexiones y propuestas finales» de Mas Badía, bajo el epígrafe «De la virtud de hablar con extraños», no ofrecen soluciones definitivas, sino una llamada al diálogo interdisciplinar. La autora cita a Collins, en su prólogo a *La muerte del contrato* de Gilmore, para insistir en que los juristas deben aceptar la incertidumbre del cambio. Sin embargo, esta apertura al debate contrasta con una cierta tibieza en sus propuestas: más allá de abogar por una mayor coordinación entre administraciones, no concreta medidas específicas para subsanar los defectos identificados. Este enfoque me resulta intelectual-

mente honesto, pero también frustrante, pues deja al lector con preguntas abiertas sobre cómo superar los obstáculos que la propia autora ha diagnosticado con tanta agudeza.

En conclusión, *¿Una habitación propia?* es una obra monumental que combina erudición jurídica con una narrativa histórica y social evocadora. Mas Badía no sólo desentraña la LDV, sino que ilumina las tensiones profundas de una sociedad que lucha por equilibrar libertad y justicia. Sin embargo, sus defectos –la falta de ejemplos prácticos en el análisis teórico, la cierta tibieza en las propuestas y la dependencia de un desarrollo normativo incierto–impiden que alcance todo su potencial. Aun así, su valor reside en su capacidad para provocar reflexión en un momento de inflexión. España, como muestra este libro, sigue atrapada en un laberinto de senderos bifurcados, donde cada avance en el derecho a la vivienda revela nuevos desafíos irresueltos.

Diego Fierro Rodríguez
Letrado de la Administración de Justicia

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, CARO GÁNDARA, Rocío, y LEGERÉN-MOLINA, Antonio (eds.): *Cause and Consideration – Exploring the Foundations of Contract Law,* Hart Publishing, Oxford *et al*, 2025, 293 + xix pp.

Es un hecho poco común que tres profesores españoles editen un libro de derecho comparado escrito en inglés en una editorial del prestigio de Hart Publishing. Aún lo es más si el derecho español ni tiene un papel meramente testimonial, ni es el protagonista exclusivo. El tema escogido es la causa, lo que supone que en poco tiempo se han publicado dos obras de referencia: la que ahora se recensiona y el libro editado por Gregor Albers, Francesco Paolo Patti y Dorothée Perrouin-Verbe, *Causa Contractus,* Tübingen, Mohr Siebeck, 2022 (recensionada en este *Anuario*, 2023/2, páginas 651-657, precisamente por Bruno Rodríguez-Rosado). Para mayor excepcionalidad, tres de los autores colaboran en ambos volúmenes: Albers, Patti y Häcker. El libro tiene su origen en un Seminario celebrado en la Universidad de Málaga en la primavera de 2023, por lo que su rápida publicación en 2025 constituye el primero de sus múltiples méritos.

El renovado interés por la causa tiene como detonante su supresión literal de entre los requisitos que, para la validez del contrato, establece el Código civil francés reformado en 2016. Es una supresión meramente literal porque no supone la abrogación completa de la causa: hay coincidencia doctrinal en que las funciones que cumplía la causa se mantienen tras la reforma. Ahora bien, aunque el detonante es la supresión *del* Código civil francés, donde se había mantenido desde la promulgación del *Code Napoléon,* ya se había adelantado el nuevo *Código civil holandés, aparte de que el soft law* europeo había apostado, igualmente, por no incluirla como requisito de los contratos.

Cause and Consideration se estructura en tres partes y un capítulo final conclusivo. La primera parte lleva por título «Desarrollo histórico», y se compone de cinco capítulos: La causa en el derecho romano antiguo, escrito por Francisco J. Andrés Santos; El auge de la causa en el período medieval, a cargo de Joao de Oliveira Geraldes; Causa y *consideration*: motivo e

intercambio en el derecho de contratos inglés, de David J. Ibbetson; El auge del concepto de causa: su codificación e interpretación en Francia, Italia y España (1804-1900), por David Deroussin; y El declive de la causa, obra de Wojciech Dajczak. La segunda parte engloba los «Reportes nacionales»: John Cartwright contribuye con «El rol de la *consideration* en derecho inglés», Olivier Deshayes con «El ocaso de la causa (una perspectiva francesa)»; Antonio Legerén-Molina con «Las funciones de la noción de causa en derecho español», Gregor Albers con «El intento de suprimir la causa en el derecho alemán de contratos» y Francesco Paolo Patti con «La evolución de la causa en el derecho italiano: del control estatal a la autonomía de la voluntad»; lo que significa que se analizan los derechos inglés, francés, español, alemán e italiano –más las referencias que al derecho polaco realiza Dajczak en su capítulo– que seguramente son los ordenamientos de referencia en Europa, aunque no hubiera sobrado la experiencia neerlandesa tras más de un cuarto de siglo sin la causa como requisito de validez de los contratos. La tercera parte contiene diversos estudios de carácter más transversal: Causa, consideración y la exigibilidad de las promesas, de Bruno Rodríguez-Rosado, Causa y control de legalidad y moralidad de los contratos, de Juan Pablo Murga Fernández, Causa, consideración y frustración, de Rocío Caro Gándara, y Causa, consideración y enriquecimiento injust(ificado), de Birke Häcker. El capítulo conclusivo lo firma Nils Jansen. En cifras, la autoría de los capítulos se reparte entre 5 españoles, 3 alemanes, 2 ingleses y 2 franceses, 1 polaco, 1 italiano y 1 portugués. La estructura es más que correcta para un libro de propósito más comparatista y de reflexión para el presente y el futuro que historicista o histórico-comparado; si este fuera el caso, se echarían en falta un par de capítulos que analizaran con más intensidad las épocas del *ius commune* europeo. Pero sí que es necesario remarcar la atención que se presta a las *Observancias* de Aragón en el capítulo de De Oliveira Geraldes. Aunque hay algunos mismos subtemas o autores del derecho común, el derecho moderno y la pandectística que son analizados en varios de los capítulos, no hay repeticiones, ni tampoco contradicciones, que merezcan reproche alguno.

La causa parece omnipresente en derecho español: causa de la obligación, causa del contrato e, incluso, causa de la tradición. No hay duda de que, de acuerdo con el derecho vigente, el derecho español –y, asimismo, los demás derechos civiles españoles– es un sistema causalista. La causa, aquí y en los ordenamientos bajo escrutinio, en efecto, ha cumplido múltiples funciones: fundamento de las obligaciones contractuales, control de la legalidad del contrato y de su realidad, es decir, de que no concurre simulación, criterio de clasificación de los tipos contractuales, medio de interpretación de los contratos, criterio de solución de la frustración del contrato y del desequilibrio excesivo entre las prestaciones. No en España, pero sí en otros ordenamientos donde se ha hiperdesarrollado, la causa juega un papel fundamental en el enriquecimiento injustificado (o la *law of restitution*). En fin, además de en la tradición, que no es el foco de atención del libro que se recensiona, se puede encontrar la causa incluso en derecho de sucesiones; en la tradición jurídica catalana, donde ha sido objeto de profundo debate doctrinal cuáles son las donaciones imputables a la legítima, Cáncer, en el cap. VIII De Donationibus de sus Variae Resolutiones, núm. 95 y 96, equipara la *causa matrimonii* con la *causa finalis*, a los efectos de afirmar que las donaciones simples a los hijos no se imputan en su legítima, pero sí las donaciones *ob causam.*

La causa, como reconoce Birke Häcker, no ha sido concebida de igual modo ni en todos los momentos históricos ni en todos los países ni en todas las cuestiones a que puede referirse; advierte Deshayes que el significado de la causa depende de si la cuestión concierne a la existencia o a la licitud del contrato, lo que es tanto como afirmar su carácter polisémico. Inicialmente, en derecho romano, pero también en la edad media, la causa justifica la vinculación de las partes, cuando estas no acuden a la *forma* –procedimiento formulario– predispuesta. Puede entenderse porque el sistema romano es eminentemente formalista como se corresponde con un derecho en desarrollo en que no se considera suficiente, en principio, el simple acuerdo de voluntades. No es hasta que el derecho canónico inspira a los juristas que el viejo principio *ex nudo pacto non oritur actio* empieza a ceder. Con el liberalismo, y su énfasis en la libertad individual, la necesidad de controlar la voluntad de las partes parece que debiera desaparecer, pero lo cierto es que la causa se codifica en la gran mayoría de códigos con esa función primordial de control. Y pronto, como relata Patti, el fascismo exacerba el celo controlador, con el influente Emilio Betti a la cabeza; recuérdese que su Teoría general del negocio jurídico es la primera traducción al español que se realiza de una obra de esta temática allá por 1943. Cuando muta el contexto histórico, la causa se convierte en la función económico-social que cumple el contrato. La causa es, pues, camaleónica: sabe adaptarse a las circunstancias del momento. Por su parte, Dajczak, Deshayes y Legerén-Molina ponen el foco en la relación entre la causa y la justicia contractual. En todo caso, este último autor –quien titula su aportación Las funciones de la noción de «causa», que no Las funciones de la causa, dando a entender que esta noción no es unívoca– nos recuerda que para De Castro la causa tiene una influencia continuada en el contrato, desde su perfección hasta su ejecución, lo que permite seguir controlando o escrutando la justicia contractual. Los colaboradores del libro distinguen, en el plano teórico, perfectamente la causa (objetiva) de los motivos (subjetivos), pero acaban por aceptar que estos últimos pueden inserirse en aquella.

¿No basta, pues, con que las partes tengan la voluntad de vincularse, de transmitirse bienes para que surja un contrato válido? Gregor Albers, cuando traza los intentos de suprimir la causa en derecho alemán, donde el BGB admite la abstracción limitadamente, muestra como la pandectística sigue un trayecto intentando desprenderse de la causa que les conduce de regreso a las promesas formales, y la empuja al campo del enriquecimiento injustificado, de modo que para enriquecerse a costa de otro debe concurrir una causa; aquí, el capítulo de Birke Häcker es de lectura imprescindible. En España se conocen casos en que la doctrina mayoritaria coincide en que la sola voluntad no basta para vincular al declarante, por clara y convencida que sea su declaración: las promesas unilaterales de recompensa y las promesas de donación, a las que Bruno Rodríguez-Rosado dedica un capítulo, no obligan al promitente por sí solas. Pero eso es tanto como degradar la autonomía de la voluntad. Si el ordenamiento diseña y regula una serie de tipos contractuales y las partes convienen libre y conscientemente en ordenar su relación jurídica conforme a este tipo, ¿es necesaria la causa? Que la causa sea inherente al tipo, como coinciden la autora alemana, Albers o Patti, no resuelve la cuestión de para qué se necesita la causa.

La idea común que emana del libro es que la causa sigue siendo útil; específicamente *Häcker centra la utilidad en su maleabilidad, en su* plasticidad para cumplir diversas funciones. Debe desecharse, en mi opinión, la

idea, que parecen asumir Murga y Rodríguez-Rosado, de que la causa deba controlar la moralidad del contrato; la moral es un concepto demasiado personal y peligroso, siendo preferible una moral colectiva que se contiene en los principios fundamentales del ordenamiento jurídico que recoge la Constitución de cada país y momento, y articular ese control por la vía del objeto y del consentimiento. Coincido, en cambio, con este último autor en que la causa no debe servir para examinar la razonabilidad del contrato en su vertiente económica; esa puede ser la función de la ventaja injusta, si se considera necesario incorporarla como institución antes que flexibilizar la noción del dolo contractual. Como son tantas las funciones de la causa y hay otros mecanismos legales que pueden cumplir esas mismas funciones, Morales Moreno ha defendido la opción de la Propuesta de Modernización del Código civil –y también de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesoras y profesores de derecho civil– de prescindir de la causa como requisito del contrato. Esa es también la idea que defiende Jansen en su capítulo conclusivo, abogando por las soluciones del *soft law.* Sin embargo, no se alcanza a comprender la ventaja de suprimir un concepto sobradamente conocido si sus funciones van a ser logradas por otros mecanismos; otra cosa es que se considerara que alguna de las funciones no hubiera correspondido anudarlas a la causa. No puedo compartir la afirmación de Deshayes de que ningún ordenamiento puede operar sin tomar en consideración la *razón* por la que un deudor se obliga, pues supone tanto como negar a la autonomía de la voluntad su papel central en el derecho de obligaciones y contratos.

En cuanto a la *consideration,* coincide o no coincide con la causa según cómo se comprenda esta última (Deroussin). Ibbetson y Cartwright coinciden en negarle, en la práctica, la centralidad que antaño se le atribuía. La idea del intercambio de contraprestaciones difícilmente se puede apreciar en casos que no son patológicos. Lo mismo puede decirse de la causa: si se prescinde de los casos de simulación, que bien podrían resolverse simplemente sobre la base de que no concurre el necesario consentimiento, son escasos los supuestos resueltos por nuestra jurisprudencia por no existir causa o ser esta torpe (concepto, el de causa torpe, que, curiosamente, se encuentra en la Exposición de motivos del proyecto de la Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho civil, aunque en relación con el enriquecimiento injustificado).

El libro que han coordinado Rodríguez-Rosado, Caro y Legerén es excepcional en todos los sentidos. Lo es por lo acertado del tema y del enfoque metodológico. Lo es por la excelente selección de los participantes y la calidad de los capítulos que han escrito. Lo es por lo cuidado de la edición. Lo es por poner a la doctrina española en el centro del debate de una institución candente en el panorama jurídico europeo actual. Tal vez el lector concluirá la lectura sin aprehender un concepto unívoco de causa, pues esta se muestra demasiado escurridiza, mutante y camaleónica. Pero sin duda sabrá para qué se ha utilizado, las razones de su éxito y luego de su aparente ocaso, las funciones que puede cumplir en el futuro, siga estando presente o no en el Código, y su relación de parentesco con la *consideration* inglesa. Casi nada, por lo que merece un lugar preeminente en las bibliotecas más selectas.

Antoni Vaquer Aloy
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Lleida

Revistas Españolas

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ (Catedrático de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ (Profesor titular de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), DAVINIA CADENAS OSUNA (Profesora titular de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla)

SUMARIO: I. *Derecho civil*. 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. 4. Responsabilidad civil. 5. Posesión. 6. Derechos reales. 7. Propiedad horizontal. 8. Propiedad intelectual. 9. Propiedad industrial. Patentes y marcas. 10. Derecho inmobiliario registral. 11. Derecho de familia. Matrimonio, régimen económico-matrimonial y crisis matrimoniales. Parejas de hecho. 12. Patria potestad y filiación. 13. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*. 1. Derecho de sociedades. 2. Contratación mercantil y títulos valores. 3. Derecho concursal. 4. Derecho bancario y bursátil. 5. Derecho de la competencia. 6. Derecho de seguros.–III. *Derecho y nuevas tecnologías. Derecho digital*.–IV. *Derecho sanitario*. –V. *Derecho de los consumidores*.–VI. *Derecho urbanístico*.–VII. *Derecho del medio ambiente*.–VIII. *Resolución extrajudicial de conflictos*.–IX. *Derecho procesal*.–X. *Derecho de la Unión Europea*.–XI. *Derecho comparado*.–XII. *Varia*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo: «Erratas, errores… y traiciones en la Ley», en *AC*, núm. 4, 2025.

Cuadrado Soler, Joan: «La prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios a la luz de las SSTJUE de 25 de abril de 2024 (asuntos C-484/21 y C-561/21) y las recientes modificaciones de la LEC», en *AC*, núm. 12, 2024.

Rodríguez Roca, Alejandro: «Principales desafíos de la implantación del nuevo modelo de Registro Civil en España», en *AC*, núm. 4, 2025.

DERECHO DE LA PERSONA

Alba Ferré, Esther: «La función notarial de apoyo a las personas con discapacidad: especial referencia a la digitalización notarial», en *RJNot*, núm. 119, 2024.

ANDRADES NAVARRO, Agustín: «La contratación por personas en situación de discapacidad a raíz de la reforma 8/2021: una comparativa con el régimen anterior», en *RDP*, núm. 1, 2025.

ARGELICH COMELLES, Cristina: «La proyectada Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales: del control parental defectivo a las obligaciones a fabricantes», en *AC*, núm. 5, 2025.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Contratos y personas con discapacidad: avanzando hacia la resolución del debate jurídico», en *RDP*, núm. 1, 2025.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El interés superior del menor y el canon de razonabilidad reforzada en situaciones de riesgo y desamparo: actuaciones de protección, acogimiento y adopción (I)», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3395-3479.

— «El interés superior del menor y el canon de razonabilidad reforzada en situaciones de riesgo y desamparo: actuaciones de protección, acogimiento y adopción (y II)», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 331-436.

BLANCO CARRASCO, Marta: «Aportaciones del Guardian ad Litem en la protección de los derechos de la infancia en los juzgados de familia: Contributions of the guardian ad litem in protecting children's rights in family courts: a comparative analysis and related institutions in the spanish system», en *InDret*, núm. 1, 2025.

BUSTOS MORENO, Yolanda B.: «Reflexiones ante nuevos supuestos de fraude de ley y análisis de sus consecuencias. El procedimiento de rectificación registral de la Ley Trans de 2023 y aplicación de los principios registrales», en *RDP*, núm. 6, 2024.

CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Un bálsamo de Fierabrás compuesto por eficiencia organizativa, procesal y digital: ¿La panacea de la Justicia?», en *AC*, núm. 1, 2025.

CAMPOS RIVERA, Gonzalo: «Tratamiento de datos para credit scoring y uso secundario de datos. Examen desde la presunción de compatibilidad del art.5.1.b RGPD», en *RJUAM*, núm. 50, 2024.

CAVALLER VERGÉS, Misericordia: «El concepto autónomo de responsabilidad civil en el ámbito de la protección de datos personales en la era digital: análisis del artículo 82 del Reglamento 2016/679», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 251-292.

CORTADA CORTIJO, Neus: «La guarda voluntaria como herramienta de protección preferente en situaciones de desamparo con pronóstico de reintegración. Una propuesta de revisión y actualización de su función», en *RDC*, núm. 5, 2024, pp. 125-165.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Los poderes preventivos y su correcto entendimiento. Comentario a la STS núm. 1449/2024 de 4 de noviembre (JUR 2024, 420540)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

De Prada Rodríguez, Mercedes: «La protección jurídica de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad en el ámbito digital: desafíos y propuestas», en *AC*, núm. 12, 2024.

De Salas Murillo, Sofía: «Concretando qué es el apoyo entendido como asistencia: en torno a la autorización del curador. Comentario a la STS 5197/2024, de 23 de octubre (JUR 2024, 412191)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

De Torres Perea, José Manuel: «La patrimonialización de datos ante la contaminación digital. Una perspectiva civil ante un reto a nuestro sistema», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 279-329.

Drago, David: «Conflicto en la inclusión de deudas en ficheros de solvencia patrimonial y el derecho al honor. Comentario a la STS 991/2024, de 12 de julio (RJ 2024, 4084)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

Estruch Estruch, Jesús: «El mandatario o apoderado verbal y su actuación en el tráfico jurídico», en *RdPat*, núm. 65, 2024.

Fernández de la Iglesia, Elena: «Derecho al honor versus libertad de expresión en redes sociales: el comportamiento beligerante y agresivo de las comunicaciones en redes sociales», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3377-3393.

— «El consentimiento y los usos sociales en relación con el derecho a la propia imagen en redes sociales», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 867-884.

García Garnica, María del Carmen: «Responsabilidad contractual de un Banco por incumplimiento de los deberes de custodia de los fondos de un cliente vulnerable por razón de discapacidad. Comentario a la STS 1263/2024, de 7 de octubre (JUR 2024, 375295)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

García Herrera, Vanessa: «La geriatrónica y sus implicaciones en la privacidad», en *AC*, núm. 4, 2025.

Gómez Perals, Miguel: «Protección de datos y registro de la propiedad: tanto monta, monta tanto», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3159-3215.

Guilarte Martín-Calero, Cristina: «La discapacidad psicosocial como causa de desamparo: obligaciones positivas del Estado a la luz del derecho internacional y regional de Derechos Humanos. Comentario a la STS 4227/2024, de 22 de julio (JUR 2024, 242861)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

— «La guarda de hecho: una alternativa legal a las medidas judiciales de apoyo. Comentario a la STS de 18 de junio de 2024 (JUR 2024, 206237)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

Liébana Ortiz, Juan Ramón: «Sobre la constitucionalidad de la Ley por el Derecho a la Vivienda», en *AC*, núm. 2, 2025.

— «La constitucionalidad de la Ley por el derecho a la vivienda y su impacto en el mercado del alquiler», en *AC*, núm. 5, 2025.

López Azcona, María Aurora: «Líneas maestras del nuevo sistema aragonés de apoyos a las personas con discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio)», en *RJNot*, núm. 119, 2024.

López de la Cruz, Laura, y Sánchez Medina, José Antonio: «¿Es acertado el reconocimiento jurídico de la progresiva capacidad del menor de edad?: Is the Legal Recognition of the Progressive Capacity of Minors Appropriate? Interpretative Keys from Developmental Psychology to Analyze the Maturity of Minors», en *InDret*, núm. 1, 2025.

López García, Pablo: «La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia en la jurisprudencia», en *AC*, núm. 6, 2025.

Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro: «La representación en la guarda de hecho de la persona con discapacidad», en *RJNot*, núm. 119, 2024.

Marín García, Ignacio: «¿El principio del fin de las series de true crime en España? Comentario a la STS 484/2024, de 10 de abril (JUR 2024, 108547)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

Martínez Calvo, Javier: «Consulta no autorizada de ficheros de solvencia patrimonial: la infracción de la normativa de protección de datos personales no implica necesariamente vulneración del derecho a la intimidad, ni da derecho a indemnización si no queda acreditada la existencia de un perjuicio. Comentario a la STS 398/2024, de 19 de marzo (JUR 2024, 92465)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

Martínez Otero, Juan María: «Hacia un nuevo paradigma de protección de los menores en Internet: las normas protectoras de segunda generación: Towards a new paradigm for the protection of minors on the Internet: second-generation protective rules», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Martínez Rodríguez, Nieves: «Derecho a conocer el origen biológico y supresión del anonimato del donante de gametos. Una reforma necesaria», en *RDC*, núm. 5, 2024, pp. 207-261.

Mas Badía, María Dolores: «Un "soka-tira" sobre la Ley por el Derecho a la Vivienda. Comentario a la STC 79/2024, de 21 de mayo», en *RDC*, núm. 5, 2024, pp. 167-205.

Méndez González, Fernando P.: «Función social de la propiedad y derecho a la vivienda», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 575-631.

Molina Castañer, Esther: «Protección de datos, Inteligencia Artificial y Administración de Justicia», en *RDNT*, núm. 66, 2024.

Padrón Villalba, Andrea: «Complicar lo sencillo: el Tribunal Supremo y la persona jurídica», en *RDS*, núm. 72, 2024.

Platero Alcón, Alejandro: «Notas críticas sobre la reciente interpretación de la curatela como medida de apoyo judicial a las personas con discapacidad», en *RJNot*, núm. 119, 2024.

Rives Seva, José María: «El derecho a la vivienda y su ocupación», en *AC*, núm. 6, 2025.

Ruiz-Rico Arias, María Dolores: «La posición del llamado "jefe de la estirpe" en nuestro Derecho y la situación jurídica de los descendientes integrantes de la estirpe: el derecho al parentesco como manifestación del derecho de la personalidad a la propia identidad personal», en *AC*, núm. 3, 2025.

Senent Vidal, María José: «La presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito jurídico empresarial: aportaciones de la Ley Orgánica 2/2024», en *RDS*, núm. 73, 2025.

Serrano Copete, Javier: «El desafío de la intimidad sanitaria frente a la obligación de informar, dolo frente a privacidad: la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2025 y la problemática del contrato de seguro», en *CDC*, núm. 83, 2024, pp. 161-174.

Tinao Llerandi, Ramón: «"Crónica de una muerte anunciada": Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 29/01/2025 (recurso de inconstitucionalidad núm. 5514-2023).: Declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Claves y breve análisis de su incidencia en los procesos de desahucio», en *AC*, núm. 2, 2025.

Vidal Gallardo, María Mercedes: «Revelación de información genética versus intimidad personal: especial referencia al ámbito familiar», en *RDF*, núm. 106, 2025.

Yahyaoui Boudiabe, Omayma: «Derecho a la identidad y entorno digital», en *RDNT*, núm. 66, 2024.

Zubero Quintanilla, Sara: «La autonomía de la voluntad del testador con respecto a la disposición de sus activos digitales: contraposición entre las previsiones de la ley orgánica de protección de datos y los principios del Código Civil», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 139-183.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Aliste Santos, Tomás Javier: «Pacto de honorarios y su reclamación por los abogados tras la reforma del procedimiento introducida por el Real Decreto 6/2023, de 19 de diciembre», en *AC*, núm. 12, 2024.

Andrades Navarro, Agustín: «La contratación por personas en situación de discapacidad a raíz de la reforma 8/2021: una comparativa con el régimen anterior», en *RDP*, núm. 1, 2025.

Barber Cárcamo, Roncesvalles: «Contratos y personas con discapacidad: avanzando hacia la resolución del debate jurídico», en *RDP*, núm. 1, 2025.

Bueno Biot, Álvaro: «La conformidad objetiva en los contenidos y servicios digitales: Estándares legales y garantías del consumidor», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 185-237.

Cadenas Osuna, Davinia: «Carácter usurario del interés pactado en una operación crediticia. Comentario a la STS 1378/2023, de 6 de octubre (JUR 2023, 395829)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

Cardós Elena, José María: «La revocación de donaciones por la imputación de delitos al donante. Una propuesta interpretativa del artículo 648.2.º CC», en *RdPat*, núm. 65, 2024.

Carrasco Perera, Ángel: «El impago de la de la renta arrendaticia puede no ser incumplimiento contractual en virtud de la ponderación de factores concurrentes en la persona y entorno del arrendatario. Comentario a Sentencia Tribunal Supremo, 1.ª, 1065/2024, de 23 julio (ECLI: ES: TS:2024:4244)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

Del Pozo Sierra, Belén: «El valor de la conditio iuris respecto de la existencia, validez o eficacia del negocio jurídico», en *AC*, núm. 2, 2025.

Drago, David: «Conflicto en la inclusión de deudas en ficheros de solvencia patrimonial y el derecho al honor. Comentario a la STS 991/2024, de 12 de julio (RJ 2024, 4084)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

Espar Bohera, Oriol y Barios Asensio, Antoni: «La financiación sostenible: los préstamos vinculados a sostenibilidad», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 85-112.

Fuentes-Lojo Rius, Alejandro *et al.*: «Coarrendatarios y rentas posteriores a sentencia de desahucio», en *AC*, núm. 1, 2025.

— «Problemática sobre la aplicabilidad de las prórrogas legales extraordinarias en arrendamientos», en *AC*, núm. 4, 2025.

García Garnica, María del Carmen: «Responsabilidad contractual de un Banco por incumplimiento de los deberes de custodia de los fondos de un cliente vulnerable por razón de discapacidad. Comentario a la STS 1263/2024, de 7 de octubre (JUR 2024, 375295)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

García Rodríguez, José María: «La cuestionable obligación de entrega de documentos por parte de las entidades bancarias y la interpretación de parte de la STS (1.ª) 19 julio 2021», en *AC*, núm. 12, 2024.

Goñi Rodríguez de Almeida, María: «El acuerdo de prohibición de los arrendamientos turísticos en la propiedad horizontal a través de la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 437-458.

Granjo Ortiz, Ania: «La eficacia de los pactos en el Protocolo Familiar como clave para la continuidad familiar y patrimonial de los negocios familiares», en *RdPat*, núm. 66, 2025.

Izquierdo Grau, Guillem: «¿El "documento de primera disposición" de las hipotecas multidivisa de Bankinter es un muro infranqueable para superar el control de transparencia?», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 729-760.

Lamarca Marquès, Albert: «Obligaciones solidarias, acción de regreso y adquisiciones de los cónyuges en el régimen de separación de bienes. Comentario a la STS 249/2023, de 17 de octubre (JUR 2023, 390617)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

Landestoy Méndez, Pedro Luis: «Naturaleza, régimen y efectos de los contratos abstractos: notas a raíz de su recepción en la propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 239-291.

LEARRETA OLARRA, Pedro: «La no presunción de solidaridad: una perpetua asignatura pendiente del Derecho Civil español», en *AC*, núm. 4, 2025.

LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón: «La constitucionalidad de la Ley por el derecho a la vivienda y su impacto en el mercado del alquiler», en *AC*, núm. 5, 2025.

MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: «La pretensión de cumplimiento en las propuestas de modernización del derecho de obligaciones y contratos», en *InDret*, núm. 2, 2025.

MIRANDA ANGUITA, Ana: «Sobre la eficacia vinculante de los contenidos publicitarios en la contratación interempresarial y su conexión con el control de transparencia material», en *RDCD*, núm. 35, 2024.

MONZÓN CARCELLER, Nerea: «La tutela económica a favor del agente en la extinción del contrato de agencia: líneas y criterios jurisprudenciales», en *CDC*, núm. 82, 2024, pp. 129-181.

MORA ASTABURUAGA, Aitor: «Novedades jurisprudenciales respecto al régimen de cantidades anticipadas de la ley 57/1968», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3541-3551.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El contrato y sus requisitos en la propuesta de modernización del Código civil de 2023: El objeto y la causa», en *RDC*, núm. 4, 2024, pp. 97-137.

NASARRE AZNAR, Sergio y RODRÍGUEZ LIÉVANO, María Paula: «Propiedad horizontal vs cooperativas de vivienda en cesión de uso: el éxito de un clásico moderno como inspiración de nuevas formas de organizar la vida en común», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3217-3255.

PÉREZ DE PRADA, María Magdalena: «Límites al deber de vigilancia y control de las entidades de crédito respecto de las obligaciones de los promotores que perciben cantidades anticipadas para la construcción de viviendas», en *AC*, núm. 6, 2025.

RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara: «Legitimación para prestar fianza: en especial la falta de consentimiento de uno de los cónyuges casado en régimen de gananciales», en *RDP*, núm. 6, 2024.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Las prórrogas tácitas del contrato de arrendamiento rústico: posibilidad de excluirlas mediante pacto. Comentario a la STS 624/2024, de 8 de mayo (RJ 2024, 137813)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

SANCHO MARTÍNEZ, Laura: «El regreso entre cofiadores y la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1844. III del Código Civil. Comentario a la STS 1711/2023, de 11 de diciembre (JUR 2023, 447471)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

SANDOVAL CARO, Encarnación: «Los contratos administrativos y los contratos privados del sector público: su calificación registral», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3259-3293.

Tapia Hermida, Alberto Javier: «Control de la transparencia de las cláusulas suelo mediante acciones colectivas. Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2024 (Asunto C-450/22) Caixabank y otros», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

— «Contratos de tarjetas "revolving". Carácter abusivo de la cláusula que fija el interés remuneratorio y control de transparencia Sentencias del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo 154/2025 y 155/2025, de 30 de enero», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

Toribios Fuentes, Fernando: «La invocación por el arrendatario demandado de la cláusula "rebus sic stantibus" en los juicios de desahucio por falta de pago. Comentario a la STS 1070/2024, de 24 de julio (JUR 2024, 239525)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

— «La validez de los pactos de renuncia expresa por el arrendatario a la realización por parte del arrendador de las obras de reparación de un local comercial. Comentario a la STS de 8 de mayo de 2024 (JUR 2024, 140148)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

Varela Castro, Ignacio: «Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad», en *RDC*, núm. 5, 2024, pp. 75-124.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Blasco Jordán, María: «La responsabilidad civil derivada de la manipulación de mercado», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Canle Hernández, Manuel: «La mitigación del daño en relación a la responsabilidad civil profesional del letrado dentro del procedimiento civil», en *PDD*, núm. 161, 2024.

Farnós Amorós, Esther: «Responsabilidad del suministrador perteneciente al mismo grupo de empresas que el fabricante: cómputo del plazo extintivo y compatibilidad de regímenes de responsabilidad. Comentario a la STS 470/2024, de 7 de febrero (JUR 2024, 47587)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

Fernández de la Iglesia, Elena: «Accidente en la estación de esquí: responsabilidad contractual o extracontractual», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 1153-1173.

Fuentes-Lojo Rius, Alejandro *et al.*: «Responsabilidad del propietario por daños causados por el ocupante», en *AC*, núm. 2, 2025.

García Barberán, Inés: «Inteligencia artificial: responsabilidad civil y reparación de daños», en *RGLJ*, núm. 4, 2024.

García Garnica, María del Carmen: «Responsabilidad contractual de un Banco por incumplimiento de los deberes de custodia de los fondos de un cliente vulnerable por razón de discapacidad. Comentario a la STS 1263/2024, de 7 de octubre (JUR 2024, 375295)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

García-Valle Pérez, María Remedios: «El concepto de vehículo de movilidad personal y la responsabilidad civil derivada de su circulación en la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3553-3591.

Gómez Ligüerre, Carlos Ignacio: «Sobre la responsabilidad por "daño puramente económico". Comentario a la STS 57/2024, de 18 de enero (JUR 2024, 25774)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

— «Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Gutiérrez Jerez, Luis Javier: «La responsabilidad civil derivada de la extralimitación de la libertad de expresión del abogado con ocasión del ejercicio de su función», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 97-138.

Llamas Pombo, Eugenio: «Principios para la reparación del daño ambiental extraídos de un leading case», en *PDD*, núm. 161, 2024.

— «Nueva oleada de fallos sobre el daño derivado del cártel de camiones», en *PDD*, núm. 162, 2025.

Moreno Sánchez-Moraleda, Ana: «Ley aplicable al daño moral en accidente de circulación por carretera. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Sep. 2024, C-86/2023, HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II (JUR 2024 273129)», en *RdPat*, núm. 66, 2025.

Osuna Cimiano, Nuria: «Jurisprudencia sobre la prescripción de la acción de responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC», en *PDD*, núm. 162, 2025.

DERECHOS REALES

Bravo Abolafia, Luis: «Bitcoin y el surgimiento de un derecho de propiedad absoluto: ¿un cambio de paradigma en el derecho patrimonial clásico?», en *RDM*, núm. 336, 2025.

De Verda y Beamonte, José Ramón: «La división de la cosa común», en *RDC*, núm. 5, 2024, pp. 1-74.

Ferrer Guardiola, Joan Andreu: «La crisis del derecho a la propiedad privada: el arte de "limitar" su ejercicio en su máxima expresión: "prohibir"», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 1017-1049.

Fuentes-Lojo Rius, Alejandro: «Confusionismo en los tribunales sobre el derecho de tanteo y retracto de ventas conjuntas o en globo», en *AC*, núm. 6, 2025.

Hijas Cid, E.: «Opción de compra: aspectos prácticos de interés notarial», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 379-397.

Izquierdo Grau, Guillem: «¿El "documento de primera disposición" de las hipotecas multidivisa de Bankinter es un muro infranqueable para superar el control de transparencia?», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 729-760.

Juárez Torrejón, Ángel: «El estudio de la comunidad de bienes desde la Ley Hipotecaria y la doctrina y la "jurisprudencia" registrales (con especial atención a la naturaleza de la comunidad, y a los problemas implicados en su extinción)», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3481-3506.

Liébana Ortiz, Juan Ramón: «Sobre la constitucionalidad de la Ley por el Derecho a la Vivienda», en *AC*, núm. 2, 2025.

Maja Lyczkowska, Karolina: «Prenda de créditos futuros en concurso. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2023», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 181-192.

Méndez González, Fernando P.: «Función social de la propiedad y derecho a la vivienda», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 575-631.

Pareja Rodríguez de Vera, Eva: «Hipotecas inmobiliarias: algunas cuestiones controvertidas», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 113-148.

Tinao Llerandi, Ramón: «"Crónica de una muerte anunciada": Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 29/01/2025 (recurso de inconstitucionalidad núm. 5514-2023).: Declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Claves y breve análisis de su incidencia en los procesos de desahucio», en *AC*, núm. 2, 2025.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Añón Larrey, Ana: «Alcance de la prohibición del alquiler turístico por parte de las comunidades de propietarios en locales comerciales en virtud del artículo 17.12 LPH», en *AC*, núm. 3, 2025.

Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo: «Prohibición de pisos turísticos en comunidades de vecinos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RJNot*, núm. 119, 2024.

— «De vuelta sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: ¿reforma o contrarreforma? ¿otra vuelta de tuerca, o una vuelta al redil?», en *RDP*, núm. 1, 2025.

Corvo López, Felisa María: «Los esperados pronunciamientos del TS sobre la prohibición de destinar a uso turístico viviendas situadas en edificios ordenados en régimen de propiedad horizontal y otras resoluciones de interés dictadas por el Alto Tribunal en materia de propiedad horizontal en 2024», en *AC*, núm. 3, 2025.

Del Campo Álvarez, Borja: «Nulidad de acuerdos en régimen de Propiedad Horizontal en casos de doble representación. Comentario a la STS 332/2024, de 6 de marzo (JUR 2024, 87491)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

Fandos Pons, Pedro: «La obligación de archivo del "libro del edificio" en el Registro de la Propiedad: propuesta de un desarrollo legal de esta obligación», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3107-3157.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Grabación de las Juntas de Propietarios», en *AC*, núm. 3, 2025.

— «Problemática sobre la privación del derecho de voto en comunidades de propietarios», en *AC*, núm. 5, 2025.

GARCÍA-VALERA IGLESIAS, Román: «Acciones y estrategias para afrontar las deudas de morosos en las comunidades de propietarios como consecuencia de la necesidad de asumir derramas extraordinarias para la conservación, mantenimiento y rehabilitación del inmueble», en *AC*, núm. 2, 2025.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El acuerdo de prohibición de los arrendamientos turísticos en la propiedad horizontal a través de la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 437-458.

NASARRE AZNAR, Sergio y RODRÍGUEZ LIÉVANO, María Paula: «Propiedad horizontal vs cooperativas de vivienda en cesión de uso: el éxito de un clásico moderno como inspiración de nuevas formas de organizar la vida en común», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3217-3255.

REY MUÑOZ, Francisco Javier: «Viviendas de uso turístico: ¿alcanzan los artículos 17.12 y 7.3 de la Ley de Propiedad Horizontal a los locales?», en *AC*, núm. 2, 2025.

PROPIEDAD INTELECTUAL

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: «La propiedad intelectual en la jurisprudencia civil», en *AC*, núm. 5, 2025.

ROSÉS SÁIZ, Gemma: «Apropiacionismo y derecho de autor: una comparativa dela situación jurídica del arte del apropiacionismo en Estados Unidos y en Europa», en *RGLJ*, núm. 1, 2025.

PROPIEDAD INDUSTRIAL. PATENTES Y MARCAS

MORRAL SOLDEVILLA, Ramón: «Signos de naturaleza agroalimentaria: clases, concepto y distinción», en *RDM*, núm. 336, 2025.

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

BRANCÓS I NÚÑEZ, Enric: «Finca real, catastral y registral en la Ley 13/2015: ¿coordinación o descoordinación?», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 95-122.

CORDERO LOBATO, Encarna: «El principio de fe pública registral del 34 LH en las adquisiciones inmobiliarias con financiación hipotecaria. Comentario a la STS 621/2024, de 8 de mayo (JUR 2024, 175997)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

Fandos Pons, Pedro: «La obligación de archivo del "libro del edificio" en el Registro de la Propiedad: propuesta de un desarrollo legal de esta obligación», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3107-3157.

Gómez Perals, Miguel: «Protección de datos y registro de la propiedad: tanto monta, monta tanto», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3159-3215.

Lanzas Martín, Eugenio-Pacelli: «Notas marginales generadas en expedientes de expropiación forzosa, con especial consideración de la de inicio», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 527-541.

Leciñena Ibarra, Ascensión: «Extralimitación del registrador en la calificación de una escritura de disolución de comunidad con comunero sometido a tutela no revisada judicialmente ejercida por otro comunero. Comentario a la RDGSJPF, de 20 de marzo de 2024 (JUR 2024, 105173)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

Sandoval Caro, Encarnación: «Los contratos administrativos y los contratos privados del sector público: su calificación registral», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3259-3293.

DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO, RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y CRISIS MATRIMONIALES. PAREJAS DE HECHO

Álvarez Lata, Natalia: «Otro caso sobre nulidad del matrimonio de persona con discapacidad: el peso de las circunstancias concurrentes. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 24 de enero de 2024 (JUR 2024, 32898)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

Barrio del Olmo, Concepción Pilar: «Pactos asistenciales: especial referencia al acogimiento familiar de personas mayores», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 537-602.

Berrocal Lanzarot, Ana Isabel: «La vivienda familiar en situaciones de crisis familiar y de vulnerabilidad económica y social (I)», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 885-1015.

Carbajo González, Julio: «Liquidación de la sociedad ganancial. Inclusión en el activo del inventario de los rendimientos netos del negocio ganancial, descontados los derivados del trabajo del esposo al frente del negocio, así como los correspondientes al alquiler del local, privativo, pero no los derivados de la pensión compensatoria abonada a la esposa. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 396/2024, de 19 de marzo(ROJ:STS1578/2024,ECLI:ES:TS:2024:1578)(JUR2024,95388)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

Carrión Vidal, Almudena: «Los llamados "matrimonios de creencia" y el sistema matrimonial español», en *AC*, núm. 1, 2025.

Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo: «Crisis familiares y animales domésticos: entre el bienestar del animal y la tutela judicial efectiva (del ser humano). Comentario a la STS 1015/2024, de 17 de julio (ECLI: ES: TS:2024:4146)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa: «La protección de los menores en el ámbito del Derecho de familia, especial referencia a las crisis matrimoniales», en *AC*, núm. 4, 2025.

FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, Elena: «El sistema de vivienda nido: ventajas, inconvenientes y la improcedencia de su imposición sin acuerdo de las partes», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 313-329.

LAMARCA MARQUÈS, Albert: «Obligaciones solidarias, acción de regreso y adquisiciones de los cónyuges en el régimen de separación de bienes. Comentario a la STS 249/2023, de 17 de octubre (JUR 2023, 390617)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «La liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia», en *RDF*, núm. 104, 2024.

— «Los nuevos procesos de familia», en *RDF*, núm. 107, 2025.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita: «Cuestiones prácticas sobre la prueba en derecho de familia», en *RDF*, núm. 105, 2024.

RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara: «Legitimación para prestar fianza: en especial la falta de consentimiento de uno de los cónyuges casado en régimen de gananciales», en *RDP*, núm. 6, 2024.

SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Reconocimiento de resoluciones eclesiásticas sobre matrimonio: El encaje de la LOPJ con las cinco leyes vigentes», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 331-336.

VIDAL GALLARDO, María Mercedes: «Revelación de información genética versus intimidad personal: especial referencia al ámbito familiar», en *RDF*, núm. 106, 2025.

PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

ARROYO MORENO, Ana María: «Gestación subrogada y Registro civil: impacto de la Sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024, de 17 de septiembre, sobre la modificación del lugar de nacimiento», en *AC*, núm. 2, 2025.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Nueva negativa a la determinación judicial de la doble maternidad. Comentario a la STS 351/2024, de 11 de marzo (JUR 2024, 87492)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

NAVARRO MICHEL, Mónica: «Atribución de la guarda y custodia individual: circunstancias relevantes. Comentario a la STS 234/2024, de 21 de febrero (JUR 2024, 72108)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «La investigación de la paternidad en los procedimientos de filiación», en *RDF*, núm. 106, 2025.

— «Impugnación de maternidad biológica en supuestos de gestación subrogada de ámbito internacional», en *RDF*, núm. 107, 2025.

PLANAS BALLVÉ, María: «Estudio y análisis del marco jurídico y jurisprudencial de la gestación por sustitución», en *RJC*, núm. 1, 2025.

Rabanete Martínez, Isabel: «La extinción de la pensión de alimentos por causa imputable a los hijos mayores de edad», en *AC*, núm. 5, 2025.

Vaquero Pinto, María José: «La adopción del menor nacido por gestación por sustitución: el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuando se invoca el interés superior del menor. Comentario a la STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero (JUR 2024, 80643)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

DERECHO DE SUCESIONES

Aranda Rodríguez, Remedios: «La extensión del maltrato psicológico como causa de desheredación. Comentario a la STS 802/2024, de 5 de junio (JUR 2024, 179177)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

Berrocal Lanzarot, Ana Isabel: «La sucesión hereditaria: la transmisión del "ius delationis"», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 1051-1132.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier: «Ley aplicable a la sucesión hereditaria y el reenvío en el artículo 9.8 CC. La perspectiva del Tribunal Supremo», en *AC*, núm. 3, 2025.

Cuadrado Pérez, Carlos: «Los sujetos en la sustitución fideicomisaria a favor de descendientes con discapacidad», en *RJNot*, núm. 119, 2024.

De la Iglesia Monje, María Isabel: «Repudiación de la herencia e imputación de donaciones», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 459-473.

Díez García, Helena: «¿Legítima a favor de la viuda víctima de violencia de género separada de su difunto consorte maltratado por una orden de alejamiento», en *RDP*, núm. 6, 2024.

Granjo Ortiz, Ania: «La eficacia de los pactos en el Protocolo Familiar como clave para la continuidad familiar y patrimonial de los negocios familiares», en *RdPat*, núm. 66, 2025.

Gutiérrez Jerez, Luis Javier: «La eficacia de una partición realizada por contador-partidor dativo en la que se capitaliza la legítima del cónyuge viudo con metálico inventariado, frente a un legado de uso de inmueble ordenado en pago de la legítima vidual. Comentario a la Resolución de 12 de marzo de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (JUR 2024, 105168)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

López Frías, Ana María: «Las liberalidades objeto de colación hereditaria: equívocos y supuestos sujetos a discusión», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 683-726.

Manzano Fernández, María del Mar: «La entrega de la posesión de los bienes inmuebles propios del testador: problemas prácticos y propuestas de "lege ferenda"», en *RJNot*, núm. 119, 2024.

Pereña Vicente, Montserrat: «Estudio crítico del nuevo régimen de la testamenti factio activa desde una perspectiva de técnica jurídica», en *AC*, núm. 1, 2025.

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa: «Problemática que plantea la partición realizada por el propio testador en el ámbito de la empresa familiar», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 633-681.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «Cuestiones sucesorias derivadas de la filiación determinada tras el fallecimiento del causante», en *RDF*, núm. 104, 2024.

— «La liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia», en *RDF*, núm. 104, 2024.

REPRESA POLO, María Patricia: «La desheredación del menor de edad. Imputabilidad de la causa de desheredación. Comentario a la RDGSJFP de 15 de enero de 2024 (JUR 2024, 57677)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

ROJANO MARTÍN, Nieves: «El plazo de ejercicio de las acciones de protección cuantitativa de la legítima», en *RJNot*, núm. 119, 2024.

ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «La autonomía de la voluntad del testador con respecto a la disposición de sus activos digitales: contraposición entre las previsiones de la ley orgánica de protección de datos y los principios del Código Civil», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 139-183.

DERECHO MERCANTIL

DERECHO DE SOCIEDADES

ALCOVER GARAU, Guillermo: «Cláusulas estatutarias de valoración de las participaciones sociales», en *RDS*, núm. 74, 2025.

ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «Gobernanza sostenible: entre la reputación y el relato», en *CDC*, núm. 83, 2024, pp. 17-76.

ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Modificaciones estructurales: el control notarial de legalidad», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 349-378.

BENEDETTI, Lorenzo: «The Paradox of AI as a Necessary Tool for Compliance and as a Cause of Breach of Directors´ Duties in Artificial Intelligence-Based Corporate Governance», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

BUSTO LAGO, José Manuel: «Nulidad, por simulación absoluta, de la suscripción de acciones de una SAD en el caso de inexistencia de desembolso efectivo. Improcedencia de la reintegración de prestaciones. Comentario a la STS 1487/2023, de 24 de octubre (JUR 2023, 394938)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

CABANAS TREJO, Ricardo: «La caída de las murallas chinas: (la irrupción del derecho concursal en el societario)», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 399-498.

CASTELLANO RAMÍREZ, María José: «Sucesión universal y transmisión de contratos en la escisión parcial y la segregación», en *RDM*, núm. 334, 2024.

Clemente Cristóbal, Víctor: «El proyecto de modificación estructural ante el poder modificador de la junta general: desafíos de una regulación incompleta», en *RDS*, núm. 73, 2025.

Cruz González, Marcos: «La junta universal celebrada por usufructuarios. Entre el formalismo y la flexibilización de la junta general en sociedades familiares: Una reflexión a partir de la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca núm. 443/2023, de 11 de septiembre», en *RDS*, núm. 73, 2025.

Embid Irujo, José Miguel: «Luces y sombras del derecho del socio a examinar la contabilidad social en la sociedad de responsabilidad limitada (a propósito de la STS 762/2024, de 29 de mayo)», en *CDC*, núm. 83, 2024, pp. 137-160.

Feliu Rey, Manuel Ignacio: «Reconocimiento de deuda, novación modificativa y responsabilidad solidaria de los administradores solidarios por no disolución por pérdidas (ex art. 367 LSC): comentario a la STS de 6 de febrero 2025», en *RDS*, núm. 74, 2025.

Fernández del Pozo, Luis: «El fin y los fines de la sociedad de capital. La integración del interés general en la causa de la sociedad», en *RDM*, núm. 335, 2025. Fernández Torres, Isabel: «La intervención del gobierno en las sociedades anónimas: el caso de Mercados Centrales de Abastecimiento de Palma de Mallorca, SA (Mercapalma)», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Fuentes Naharro, Mónica: «Extinción societaria y personalidad jurídica de la sociedad extinguida», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

— «Modificación del objeto social y derecho de separación del socio», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

— «Orden del día como límite objetivo del poder de la junta: la convocatoria de la junta para deliberar y decidir su disolución le impide pronunciarse sobre operaciones de liquidación», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

— «Efectos de cosa juzgada material, impugnación de acuerdos sociales y mayoría ficticia», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

— «Prevalece la inscripción del acuerdo recogido en acta notarial de junta sobre otra escritura de adopción de acuerdos en junta (contradictorios) presentada a inscripción inmediatamente antes», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

— «Sociedad limitada: junta en segunda convocatoria y acuerdo de fusión», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

— «Sobre la reformulación de las cuentas anuales: Sentencia de la AP Barcelona», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

— «Nuevas reglas (particulares) de protección de acreedores en la transformación, escisión y cesión global», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

García-Mayoral Rubio, María Elena: «La modificación del objeto social y el derecho de separación (a raíz de la Resolución de 13 mayo de 2024 de la DGSJFP)», en *CDC*, núm. 82, 2024, pp. 183-193.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Alfonso: «Depósito de cuentas anuales en forma telemática y firma de la certificación del acta de la junta», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

— «Sobre la inscripción de la renuncia de auditor de cuentas», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

— «Sustitución de la persona física que representa a una sociedad en el consejo de otra: inexistente lesión del interés social», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao: «Sociedad de hecho y organizaciones autónomas descentralizadas», en *RDS*, núm. 74, 2025.

JIMÉNEZ DE CISNEROS PAZ, Guiomar: «La extensión de efectos de los planes de reestructuración a garantías otorgadas por otra sociedad del mismo grupo a la vista de los criterios jurisprudenciales sobre la rescisión de garantías intragrupo», en *CDC*, núm. 83, 2024, pp. 103-135.

JORDANO LUNA, Martín: «La simplificación de las fusiones y las escisiones tras el RDL 5/2023. Algunos problemas prácticos», en *RDM*, núm. 333, 2024.

GRANJO ORTIZ, Ania: «La eficacia de los pactos en el Protocolo Familiar como clave para la continuidad familiar y patrimonial de los negocios familiares», en *RdPat*, núm. 66, 2025.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier: «La retribución de los altos directivos como condición básica de sus contratos», en *RDS*, núm. 72, 2024.

MARTIN ZAMARRIEGO, Alejandro: «Los pactos sobre el curso ordinario de los negocios en las transmisiones de empresas: cómoda e incómoda», en *RDM*, núm. 336, 2025.

MELCHOR GIMÉNEZ, Enrique: «La fijación estatutaria del valor contable como criterio para la determinación del valor razonable en la transmisión de participaciones sociales», en *RDS*, núm. 72, 2024.

— «La prescripción de la acción de responsabilidad por deudas sociales ante el incumplimiento del deber de promover la disolución», en *RDS*, núm. 73, 2025.

MELERO BOSCH, Lourdes Verónica: «Representación equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración a propósito de la modificación operada por la Ley de paridad», en *AC*, núm. 6, 2025.

MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge: «Incumplimiento del deber de lealtad del administrador. A propósito de la STS 1169/2025, de 20 de marzo», en *RDS*, núm. 74, 2025.

MORALES BARCELÓ, Judith: «Juntas clandestinas y nulidad de acuerdos sociales», en *RDS*, núm. 73, 2025.

MORENO SERRANO, Enrique: «La constitución de sociedades íntegramente en línea: un modelo continuamente inacabado», en *RDS*, núm. 74, 2025.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso: «Los límites del derecho de información. A propósito de la STS [1.ª] 762/2024, de 29 de mayo», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

Navarro Frías, Irene: «De nuevo sobre el deber de legalidad de los administradores sociales. Los tipos de infracciones de la ley, las dudas sobre la existencia del deber y la medida de su cumplimiento», en *RDS*, núm. 73, 2025.

Navarro Morales, Amador: «Convocatoria de junta por un administrador con cargo caducado y efectos de la declaración de nulidad de la suscripción de acciones en la "segunda vuelta" de un aumento de capital. Cosa juzgada positiva por concurrir las mismas circunstancias relevantes que en previos litigios», en *RDS*, núm. 72, 2024.

Nieto Carol, Ubaldo: «Capacidad y legitimación para requerir el acta notarial del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital», en *RDS*, núm. 72, 2024.

Osuna Cimiano, Nuria: «Jurisprudencia sobre la prescripción de la acción de responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC», en *PDD*, núm. 162, 2025.

Peinado Gracia, Juan Ignacio: «La "sostenibilidad a largo plazo de la sociedad" como criterio orientador del sistema de retribución de los administradores sociales», en *RDM*, núm. 335, 2025.

Pérez Millán, David: «De nuevo sobre la prestación accesoria de cumplimiento de pacto parasocial. Comentario de las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de octubre y de 29 de noviembre de 2024», en *RDS*, núm. 74, 2025.

Pinto Rodríguez, Iván: «La acumulación de la acción por incumplimiento del pacto parasocial a la de impugnación del acuerdo societario por lesión del interés social. Una reflexión pragmática a la luz de la reforma operada por la LO 7/2022, de 27 de julio», en *RJC*, núm. 1, 2025.

Prades López, Jorge: «Disolución y liquidación de sociedades mercantiles: un enfoque práctico», en *CDC*, núm. 83, 2024, pp. 175-203.

Pulgar Ezquerra, Juana: «El nuevo régimen jurídico de las modificaciones estructurales: cambio de paradigmas», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 293-347.

Redondo Trigo, Francisco: «La responsabilidad de los administradores y las cláusulas de indemnidad», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3617-3640.

— «Administradores y libro registro de acciones nominativas», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 513-526.

— «Voto y vicio del consentimiento del socio», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 1195-1207.

Ribas Ferrer, Vicenç: «El deber de diligencia: contenido del deber y protección de la discrecionalidad de los administradores», en *RDM*, núm. 333, 2024.

Rodas Paredes, Paola: «El derecho de información documental de los partícipes previo a la celebración de una junta general ordinaria. A propósito de la STS 762/2024, de 29 de mayo 2024», en *RDS*, núm. 72, 2024.

ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Ángel José: «La participación relevante», en *RDM*, núm. 334, 2024.

ROMERO CARRILLO DE MENDOZA, Alfonso: «Configuración voluntaria del pacto de arrastre», en *CDC*, núm. 82, 2024, pp. 195-203.

SÁNCHEZ CALERO BARCO, Helena: «Sobre la cita de las mayorías de adopción del acuerdo de la junta», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

— «El contrato exigido por el artículo 249 LSC. Ante la falta de retribución del consejero delegado. A propósito de la SAP (S. 28.ª) Madrid de 4 de octubre de 2024», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

SÁNCHEZ GIL, Ignacio: «Entre círculos secantes: la rescindibilidad de las modificaciones estructurales tras el RDL 5/2023», en *RDS*, núm. 73, 2025.

SENENT VIDAL, María José: «La presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito jurídico empresarial: aportaciones de la Ley Orgánica 2/2024», en *RDS*, núm. 73, 2025.

SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo Javier: «El proceso de modificación estructural y la posible variación del "proyecto"», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

THOMÀS PUIG, Petra María: «La posición del socio en la aprobación de los planes de reestructuración», en *ADCon*, núm. 63, 2024, pp. 19-33.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María: «Liquidación de la sociedad de capital tras un concurso concluido con masa activa subsistente», en *RDS*, núm. 74, 2025.

VIVES RUIZ, Fernando: «¿Qué queda del principio "una acción, un voto"?: Especial referencia a las sociedades no cotizadas», en *RDM*, núm. 336, 2025.

DERECHO CONCURSAL

CABANAS TREJO, Ricardo: «La caída de las murallas chinas: (la irrupción del derecho concursal en el societario)», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 399-498.

CALVO VÉRGEZ, Juan: «El crédito tributario en la ley concursal», en *ADCon*, núm. 64, 2025, pp. 1-34.

CAMACHO GONZÁLEZ, Blas y GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Eficacia de la reserva de dominio en caso de exoneración del pasivo insatisfecho al comprador concursado en la ley de segunda oportunidad», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 129-188.

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «La especialización del experto en reestructuración», en *ADCon*, núm. 63, 2024, pp. 1-18.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «Nunca me digas las probabilidades. (El encaje de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2024 en el modelo español de exoneración del pasivo insatisfecho)», en *AC*, núm. 12, 2024.

Flores Segura, Marta: «La impugnación de la homologación de un plan de reestructuración por falta de superación de la prueba del interés superior de los acreedores», en *ADCon*, núm. 64, 2025, pp. 35-59.

Galeote Muñoz, María del Pilar: «La comunicación de apertura de negociaciones y sus efectos», en *ADCon*, núm. 63, 2024, pp. 43-60.

García Martínez, María del Rosario: «El concurso sin masa: delitos de frustración de la ejecución e insolvencia punible en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 63, 2024, pp. 61-99.

García-Valera Iglesias, Román: «La perversión del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC) vs la segunda oportunidad: la importancia de la buena fe», en *AC*, núm. 1, 2025.

González-Orús Charro, Martín: «La esdebitazione o exoneración de deudas en el derecho concursal italiano: un estudio comparativo con la normativa española», en *ADCon*, núm. 63, 2024, pp. 100-139.

Jiménez París, Teresa Asunción: «Vivienda familiar y concurso de acreedores tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3593-3615.

— «Vivienda habitual hipotecada y concurso de acreedores tras la ley 16/2022, de 5 de septiembre», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 497-511.

— «El plan de pagos tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 1175-1193.

Martínez Muñoz, Miguel: «Entre la extrañeza y la imposibilidad en el ejercicio de la acción de reintegración en el concurso reabierto (Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo 56/2024, de 17 de enero)», en *ADCon*, núm. 63, 2024, pp. 145-159.

Piazza Dobarganes, Lucía: «¿Qué hacer cuando no se aplica la resolución? Liquidación administrativa vs. liquidación concursal», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Recamán Graña, Eva y Leuze Espinosa, Paula M.: «El rol del experto en la reestructuración. Debilidades de la transposición española», en *ADCon*, núm. 64, 2025, pp. 86-109.

Redondo Trigo, Francisco: «La responsabilidad de los administradores y las cláusulas de indemnidad», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3617-3640.

Riesco Milla, Jesús: «La rescisión concursal de una refinanciación avalada por el Instituto de Crédito Oficial (comentario de la SAP de Pontevedra 121/2024, de 8 de marzo)», en *ADCon*, núm. 63, 2024, pp. 160-189.

Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel: «El rechazo a la prejudicialidad civil suspensiva en el concurso. El concurso como procedimiento iceberg», en *ADCon*, núm. 63, 2024, pp. 34-42.

Sánchez Calero Barco, Helena: «El Tribunal Supremo y el incumplimiento del convenio concursal», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Sastre Papiol, Sebastián: «La juventud y la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de las personas físicas (El mecanismo de la segunda oportunidad)», en *RJC*, núm. 4, 2024.

Sendra Albiñana, Álvaro: «La necesaria reforma del concurso sin masa», en *ADCon*, núm. 64, 2025, pp. 110-122.

Tomás Tomás, Salvador: «La buena fe no se presume en la exoneración del pasivo insatisfecho: en contra de un apotegma falaz», en *ADCon*, núm. 64, 2025, pp. 60-85.

Torrubia Chalmeta, Blanca: «El tratamiento concursal del "factoring"», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 73-125.

Vaquerizo Alonso, Alberto: «La regulación de la financiación nueva e interina tras la reforma de la Ley Concursal», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

Blasco Jordán, María: «La responsabilidad civil derivada de la manipulación de mercado», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Buenaventura, Rodrigo: «Nuevos paradigmas en la gobernanza de las sociedades cotizadas», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Casas Carrasco, Gonzalo: «Las exenciones de los programas de recompra de acciones y las medidas de estabilización en la normativa sobre abuso de mercado», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

De la Peña, Luis y Harto, David: «Las Instituciones de Inversión Colectiva de Inversión Libre como vehículos adecuados para la inversión exclusiva en instrumentos deuda y su comercialización a inversores no profesionales», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

Díez Picazo, Ignacio: «Una visión crítica sobre la proyectada autoridad de defensa del cliente financiero», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Domínguez Ruiz de Huidobro, Adolfo: «Colaboración entre la CNMV y la Secretaría de Estado de Seguridad», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

— «La CNMV presenta la Memoria de Reclamaciones y Consultas de 2023», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

— «Recomendaciones de la CNMC para facilitar la retirada de efectivo en los comercios de zonas rurales», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Espar Bohera, Oriol y Barios Asensio, Antoni: «La financiación sostenible: los préstamos vinculados a sostenibilidad», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 85-112.

Esquerra Resa, Lluis: «Los pagos por terminación de contrato en la regulación sectorial sobre remuneración de las entidades de crédito (especial referencia a las Directrices de la ABE de 2021)», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Esteban Velasco, Gaudencio: «El sistema dual en el debate sobre los sistemas de administración y control», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Fuentes Naharro, Mónica: «Paridad en los consejos de las sociedades cotizadas», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

García Rodríguez, José María: «Análisis del Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual y de la reforma realizada en el Código de Buenas Prácticas del Real Decreto-ley 6/2012», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

— «La cuestionable obligación de entrega de documentos por parte de las entidades bancarias y la interpretación de parte de la STS (1.ª) 19 julio 2021», en *AC*, núm. 12, 2024.

Guilarte Gutiérrez, Alfonso: «Consulta pública sobre una futura reglamentación en materia de préstamo de valores», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Hernández Peñasco, Ramón: «Preguntas y Respuestas de CNMV sobre el uso de las tecnologías de registro distribuido (TRDs) en la representación de instrumentos financieros», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Iráculis Arregui, Nerea: «Régimen jurídico del conflicto de intereses de las empresas de servicios y actividades de inversión y de los asesores de voto en la Ley de los mercados de valores y de los servicios de inversión. Vertiente objetiva, subjetiva y examen crítico de la intervención normativa en la materia», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Izquierdo Grau, Guillem: «¿El "documento de primera disposición" de las hipotecas multidivisa de Bankinter es un muro infranqueable para superar el control de transparencia?», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 729-760.

Jiménez Gómez, Briseida Sofía: «El reglamento piloto sobre la tecnología de registros distribuidos en los mercados de valores: un análisis crítico», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 37-66.

Liace, Gianfranco: «Il ruolo del Meccanismo Europeo di Stabilità nelle crisi bancarie», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Noval Pato, Jorge: «La maximización de valor para los accionistas basada en un modelo de gestión integral», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Pérez de Prada, María Magdalena: «Límites al deber de vigilancia y control de las entidades de crédito respecto de las obligaciones de los promotores que perciben cantidades anticipadas para la construcción de viviendas», en *AC*, núm. 6, 2025.

Posada Rodríguez, Marcos: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 914/2023, de 4 de julio, sobre la naturaleza de las circulares internas del Banco de España que regulan los procedimientos de supervisión», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 193-210.

Tapia Hermida, Alberto Javier: «Arquitectura básica de la regulación en Europa y en España del abuso del mercado de valores: información privilegiada y manipulación de la negociación», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 9-36.

— «Control de la transparencia de las cláusulas suelo mediante acciones colectivas. Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2024 (Asunto C-450/22) Caixabank y otros», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

— «Responsabilidad extracontractual del Banco Central Europeo por decisiones de supervisión prudencial de Banca Carige: Sentencia del Tribunal General de la UE de 5 de junio de 2024 (asunto T-134/21)», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Tapia Hermida, Alberto Javier: «Información empresarial sobre sostenibilidad: Comunicado de la CNMV y el ICAC con recomendaciones sobre la adaptación de la información sobre sostenibilidad del ejercicio 2024 a las exigencias de la Directiva sobre información corporativa (CSRD) y los estándares europeos ESRS», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

— «La OPA de BBVA sobre el Banco de Sabadell: análisis de la concentración de empresas resultante por la CNMC en la segunda fase», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

— «Contratos de tarjetas "revolving". Carácter abusivo de la cláusula que fija el interés remuneratorio y control de transparencia Sentencias del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo 154/2025 y 155/2025, de 30 de enero», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

Vaquerizo Alonso, Alberto: «La regulación de la financiación nueva e interina tras la reforma de la Ley Concursal», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Vázquez Lépinette, Tomás: «Digitalización y derecho del mercado financiero: entre la innovación y el riesgo sistémico», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 67-84.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

Fornaris Valls, Ignacio: «Desajustes entre la legislación laboral y el procedimiento administrativo sancionador en materia de derecho de la competencia: impacto en la calificación de los despidos», en *RDCD*, núm. 36, 2025.

González Pachón, Laura: «Fijación de precios y Derecho de la Competencia: Implicaciones jurídicas a partir de la sentencia 1124/2024 de la Audiencia Provincial de Madrid», en *RDCD*, núm. 35, 2024.

Miranda Serrano, Luis María: «Cláusulas de paridad tarifaria en plataformas digitales: estado de la cuestión», en *RDCD*, núm. 36, 2025.

Noval Pato, Jorge: «El blanqueo ecológico (greenwashing) como conducta competitiva desleal», en *RDM*, núm. 334, 2024.

Obach Soto, Sergi: «Compendio de jurisprudencia básica del capítulo II de la Ley de Competencia Desleal: Artículos 4 al 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Petit Calvo, Carlos: «La defensa del mercado y las familias del Régimen: La Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia (1963)», en *RDCD*, núm. 35, 2024.

Roy Pérez, Cristina: «Nuevas herramientas para hacer frente a las conductas de auto-preferencia: La Ley de Mercados Digitales y las nuevas directrices en materia de conductas excluyentes», en *RDCD*, núm. 35, 2024.

San Martín Calvo, Marina: «El concepto de "competidor" en la publicidad comparativa digital: Comentario a la STJUE de 8 de mayo de 2025 (C-697/23)», en *RDCD*, núm. 36, 2025.

Sousa Ferro, Miguel: «Plazos de prescripción en la aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE: una visión sistematizada de cuestiones resueltas y abiertas», en *RDCD*, núm. 36, 2025.

Velasco San Pedro, Luis Antonio: «La buena fe como criterio de delimitación de la competencia desleal en el Derecho español», en *RDCD*, núm. 36, 2025.

Vergara Prieto, Natasha: «La vulneración del derecho de la competencia europeo en la prohibición de los acuerdos "third party ownership" por parte de la FIFA», en *RDM*, núm. 335, 2025.

Zurimendi Isla, Aitor: «Cláusulas de paridad: ¿fin de la discusión?», en *RDCD*, núm. 36, 2025.

DERECHO DE SEGUROS

Alonso-Bartol Bustos, Antonio: «¿Seguro que esto es un seguro?», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Busto Lago, José Manuel: «La acción directa frente a la aseguradora de responsabilidad civil de una Administración Pública no puede utilizarse ni para revisar resoluciones administrativas de inexistencia de responsabilidad, ni para revisar su cuantía. Comentario a la STS 169/2024, de 12 de febrero (JUR 2024, 55290)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

Castillo Plaza, Carlos A.: «Las cláusulas de exclusión de sanciones como medida de cumplimiento normativo y sostenibilidad en los contratos de seguro», en *RDM*, núm. 333, 2024.

Gasco Ortiz, Ángel: «La información previa del mediador de seguros al potencial cliente en la distribución de seguros.», en *RdPat*, núm. 65, 2024.

Reinhart Schuller, Robert: «Contrato de seguro: la doctrina del TS en materia de cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de derechos», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 475-496.

Serrano Copete, Javier: «El desafío de la intimidad sanitaria frente a la obligación de informar, dolo frente a privacidad: la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2025 y la problemática del contrato de seguro», en *CDC*, núm. 83, 2024, pp. 161-174.

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. DERECHO DIGITAL

Argelich Comelles, Cristina: «La proyectada Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales: del control parental defectivo a las obligaciones a fabricantes», en *AC*, núm. 5, 2025.

Barrio Andrés, Moisés: «El desarrollo y ejecución del Reglamento (UE) 2024/1689 de inteligencia artificial», en *RDNT*, núm. 67, 2025.

BENEDETTI, Lorenzo: «The Paradox of AI as a Necessary Tool for Compliance and as a Cause of Breach of Directors´ Duties in Artificial Intelligence-Based Corporate Governance», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

BUENO BIOT, Álvaro: «La conformidad objetiva en los contenidos y servicios digitales: Estándares legales y garantías del consumidor», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 185-237.

BUENO OCHOA, Luis: «El marco legal de la inteligencia artificial», en *RGLJ*, núm. 1, 2025.

CAVALLER VERGÉS, Misericordia: «El concepto autónomo de responsabilidad civil en el ámbito de la protección de datos personales en la era digital: análisis del artículo 82 del Reglamento 2016/679», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 251-292.

CUCURULL POBLET, Tatiana: «Vida más allá de la muerte: la legalidad de la resurrección digital», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 57-96.

DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes: «La protección jurídica de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad en el ámbito digital: desafíos y propuestas», en *AC*, núm. 12, 2024.

DE TORRES PEREA, José Manuel: «La patrimonialización de datos ante la contaminación digital. Una perspectiva civil ante un reto a nuestro sistema», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 279-329.

FERNÁNDEZ BOZAL, María Pilar: «El espacio controlado de pruebas ("regulatory sandbox"). Aproximación a las principales cuestiones jurídicas planteadas en el caso de España», en *RJC*, núm. 3, 2024.

FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, Elena: «El consentimiento y los usos sociales en relación con el derecho a la propia imagen en redes sociales», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 867-884.

GARCÍA HERRERA, Vanessa: «La geriatrónica y sus implicaciones en la privacidad», en *AC*, núm. 4, 2025.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial», en *InDret*, núm. 1, 2025.

GRANJO ORTIZ, Ania: «Abogacía e IA adaptación o desaparición», en *RDNT*, núm. 67, 2025.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Alfonso: «Depósito de cuentas anuales en forma telemática y firma de la certificación del acta de la junta», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

HERNÁNDEZ PEÑASCO, Ramón: «Preguntas y Respuestas de CNMV sobre el uso de las tecnologías de registro distribuido (TRDs) en la representación de instrumentos financieros», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: «El marco jurídico regulatorio europeo de la inteligencia artificial. La relación de complementariedad entre el Reglamento de la UE y la convención marco del Consejo de Europa», en *REDE*, núm. 92, 2024.

JAMARDO LORENZO, Andrea: «La dimensión tecnológica de la cadena de custodia: algunas claves», en *InDret*, núm. 2, 2025.

LANDA REZA, Idoia: «El Ministerio Fiscal frente al sharenting: los canales y perfiles familiares en el punto de mira», en *RDNT*, núm. 66, 2024.

LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo: «La circulación de las copias electrónicas notariales», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 45-94.

MARTÍNEZ OTERO, Juan María: «Hacia un nuevo paradigma de protección de los menores en Internet: las normas protectoras de segunda generación: Towards a new paradigm for the protection of minors on the Internet: second-generation protective rules», en *InDret*, núm. 1, 2025.

MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «El protocolo electrónico en la Ley 11/2023», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 13-44.

MENDILIBAR NAVARRO, Patricia: «La inteligencia artificial para la interoperabilidad: un motor para el cumplimiento del principio de buena Administración», en *RDNT*, núm. 67, 2025.

MEO, Giorgio: «Los "robo-directors"», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

MIRANDA SERRANO, Luis María: «Cláusulas de paridad tarifaria en plataformas digitales: estado de la cuestión», en *RDCD*, núm. 36, 2025.

MOLINA CASTAÑER, Esther: «Protección de datos, Inteligencia Artificial y Administración de Justicia», en *RDNT*, núm. 66, 2024.

PLAZA PENADÉS, Javier: «Principales aspectos del Reglamento UE de Inteligencia Artificial», en *RDNT*, núm. 66, 2024.

— «Descifrando el concepto jurídico de inteligencia artificial contenido en el Reglamento IA», en *RDNT*, núm. 67, 2025.

PÉREZ CARASA, Egea: «Impacto del Big Data y la Inteligencia Artificial en el ámbito tributario», en *CDC*, núm. 82, 2024, pp. 17-128.

PORTA FRUTOS, Camilo: «Inteligencia artificial y proceso civil. Uso de los sistemas de IA en la adopción de medidas cautelares: riesgos, beneficios y perspectivas de futuro», en *RDNT*, núm. 67, 2025.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «Vivienda sostenible, inteligencia artificial y huertos urbanos: algunas reflexiones y propuestas», en *RdPat*, núm. 66, 2025.

ROY PÉREZ, Cristina: «Nuevas herramientas para hacer frente a las conductas de auto-preferencia: La Ley de Mercados Digitales y las nuevas directrices en materia de conductas excluyentes», en *RDCD*, núm. 35, 2024.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles: «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa a la luz de los avances de los sistemas de Inteligencia Artificial: The determination of the objective duty of care in the framework of the healing medical-surgical activity considering advances in Artificial Intelligence systems», en *InDret*, núm. 1, 2025.

SAN MARTÍN CALVO, Marina: «El concepto de "competidor" en la publicidad comparativa digital: Comentario a la STJUE de 8 de mayo de 2025 (C-697/23)», en *RDCD*, núm. 36, 2025.

TASSINARI, Francesca: «La interoperabilidad en el espacio de libertad, seguridad, y justicia y el nuevo Reglamento de Inteligencia Artificial: Algunas consideraciones sobre el procedimiento de detección de identidades múltiples», en *InDret*, núm. 2, 2025.

TOBÍO RIVAS, Ana María: «La responsabilidad por daños causados por productos defectuosos: nuevas tecnologías y modelos de negocio», en *RDM*, núm. 335, 2025.

TUSET VARELA, Damián: «Jurisprudencia y las fronteras legales de la Inteligencia Artificial: propiedad intelectual, privacidad y responsabilidad», en *RDNT*, núm. 66, 2024.

VALDÉS HERNÁNDEZ, Daylin: «El uso de NFTs de obra de arte subyacente en el metaverso. A propósito de la sentencia núm. 11/2024 del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona», en *RDNT*, núm. 66, 2024.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás: «Digitalización y derecho del mercado financiero: entre la innovación y el riesgo sistémico», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 67-84.

VILLEGAS VEGA, Paul: «Aplicación de la inteligencia artificial para la regulación de la protección de las aguas», en *RDA*, núm. 58, 2024.

YAHYAOUI BOUDIABE, Omayma: «Derecho a la identidad y entorno digital», en *RDNT*, núm. 66, 2024.

ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «La autonomía de la voluntad del testador con respecto a la disposición de sus activos digitales: contraposición entre las previsiones de la ley orgánica de protección de datos y los principios del Código Civil», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 139-183.

DERECHO SANITARIO

SERRANO COPETE, Javier: «El desafío de la intimidad sanitaria frente a la obligación de informar, dolo frente a privacidad: la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2025 y la problemática del contrato de seguro», en *CDC*, núm. 83, 2024, pp. 161-174.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

ABAD ARENAS, Encarnación: «La regulación de las acciones colectivas: un intento fallido al amparo del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de eficiencia del servicio público de Justicia y de protección y defensa de los consumidores y usuarios», en *AC*, núm. 3, 2025.

Bueno Biot, Álvaro: «La conformidad objetiva en los contenidos y servicios digitales: Estándares legales y garantías del consumidor», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 185-237.

Castro González, Sergio: «Prácticas abusivas aéreas: el Ministerio de Consumo sanciona a varias compañías aéreas por infracciones de consumo», en *RDCD*, núm. 35, 2024.

De La Iglesia Prados, Eduardo: «El desistimiento en la contratación con consumidores y usuarios», en *RdPat*, núm. 66, 2025.

Díaz Moreno, Alejandro: «El consumidor como destinatario último del producto o servicio. La aplicación de los bienes o servicios a una actividad empresarial o profesional, aunque sea de un modo indirecto ¿excluye el carácter de consumidor? Comentario a la STS 1594/2023, de 17 de noviembre (JUR 2023, 426853)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

Izquierdo Grau, Guillem: «¿El "documento de primera disposición" de las hipotecas multidivisa de Bankinter es un muro infranqueable para superar el control de transparencia?», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 729-760.

Márquez Lobillo, Patricia: «El contrato de intermediación electrónica tras los reglamentos europeos sobre transparencia y equidad (p2b), servicios y mercados digitales», en *RDM*, núm. 334, 2024.

Mate Satué, Loreto Carmen: «La cláusula de penalización del derecho de desistimiento en los contratos de servicios jurídicos con consumidores: ¿una cuestión de desequilibrio contractual o de falta de transparencia material?», en *RdPat*, núm. 65, 2024.

Muñoz Rodrigo, Gonzalo: «La pretensión de cumplimiento forzoso en la compraventa de bienes de consumo», en *RdPat*, núm. 65, 2024.

Sánchez Calero Barco, Helena: «El TJUE abre la puerta a la posibilidad de que litiguen asociaciones de consumidores contra sectores económicos enteros», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Tapia Hermida, Alberto Javier: «Contratos de tarjetas "revolving". Carácter abusivo de la cláusula que fija el interés remuneratorio y control de transparencia Sentencias del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo 154/2025 y 155/2025, de 30 de enero», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

Tobío Rivas, Ana María: «La responsabilidad por daños causados por productos defectuosos: nuevas tecnologías y modelos de negocio», en *RDM*, núm. 335, 2025.

DERECHO URBANÍSTICO

Álvarez Pereira, Crismary Daniela: «El derecho urbanístico y la inteligencia artificial: ¿nuevas oportunidades para la ciudad?», en *RDU*, núm. 378, 2025.

Blázquez Alonso, Noemí y Gimeno Beato, Pol: «El marco normativo que rige las residencias de estudiantes en España», en *RDU*, núm. 377, 2025.

Cano Murcia, Antonio: «Urbanismo e inteligencia artificial», en *RDU*, núm. 377, 2025.

Cantó López, María Teresa: «La formación del simplex urbanístico y territorial: flexibilización y simplificación en la regulación valenciana de territorio, urbanismo y paisaje», en *RDU*, núm. 373, 2024.

Cantos Sala, Salma y Mendilibar Navarro, Patricia: « La necesaria conciliación de los derechos de los expropiados con el interés público existente en la ejecución de una carretera: análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 2024», en *RUE*, núm. 54, 2025.

Chinchilla Peinado, Juan Antonio: «A contracorriente: una defensa del carácter normativo de los planes urbanísticos», en *RDU*, núm. 375, 2025.

Fernández Rodríguez, Eva: «Diez años de la modificación de la regulación de la protección de las entregas a cuenta en la vivienda construcción. ¿A quién se protege?», en *AC*, núm. 3, 2025.

Fernández Rodríguez, Tomás Ramón: «La evolución del ordenamiento urbanístico español y su incidencia en el precio de las viviendas», en *RUE*, núm. 53, 2024.

Fernández Torres, Juan Ramón: « El fomento de la construcción de vivienda protegida y la integración de las VUT en la ordenación urbanística como vías para paliar el déficit de oferta de vivienda. Análisis del Decreto-ley andaluz 1/2025, de 24 de febrero», en *RUE*, núm. 54, 2025.

— «El alcance de la simplificación administrativa de la legislación urbanística cántabra. Examen de la Ley 2/2025», en *RUE*, núm. 54, 2025.

Franco Ferrari, Giuseppe: «El urbanismo y la ciudad», en *RDU*, núm. 377, 2025.

García-Moreno Rodríguez, Fernando: «La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda, y su decepcionante regulación del principio de sostenibilidad edificatoria», en *RDU*, núm. 374, 2024.

Hervás Mas, Jorge: «La responsabilidad de la administración derivada del retraso en la finalización de los programas de actuación urbanística: un nuevo producto financiero en favor de los propietarios con el ayuntamiento como aseguradora universal», en *RDU*, núm. 373, 2024.

Laso Baeza, Vicente: «Segregación de terreno en suelo urbano consolidado para su cesión gratuita con destino a vía pública e inscripción de obra nueva en construcción», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3641-3652.

— «Los convenios urbanísticos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 1209-1221.

López Fernández, Luis Miguel: «Derecho de propiedad versus derecho a la vivienda», en *RDU*, núm. 378, 2025.

López Vidal, Manuel: «El régimen de fuera de ordenación urbanística», en *RDU*, núm. 376, 2025.

Martín Valdivia, Salvador María: «El sugestivo (aunque no inesperado) vuelco a la doctrina sobre competencia legislativa en vivienda y urbanismo (comentario a la STC 79/2024 sobre la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda)», en *RUE*, núm. 53, 2024.

— «Más derecho a la vivienda, menos derecho de propiedad (sobre las leyes estatal y catalana de vivienda y su escrutinio constitucional)», en *RUE*, núm. 54, 2025.

Medina-Montoya Elena, Paula Cecilia: «Los informes estatales en materia de costas en relación con el planeamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 377, 2025.

Ortiz Ramírez, Jorge: «¿Puede una "amnistía urbanística" ser causa de imposibilidad legal de ejecución de una sentencia firme de demolición? Auto 94/2024, de 17 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander», en *RDU*, núm. 375, 2025.

Parajó Calvo, Margarita: «Los proyectos de urbanización: instrumentos auxiliares y engranajes clave para convertir el planeamiento en realidad. Aplicaciones prácticas en la STSJ de Galicia 590/2024», en *RUE*, núm. 54, 2025.

Pascual Martín, Jesús Ignacio: «¿Puede el legislador urbanístico autonómico prescindir de las clases de suelo», en *RUE*, núm. 53, 2024.

— «La intangibilidad de los actos de gestión urbanística dictados en aplicación del planeamiento urbanístico nulo. Análisis jurisprudencial», en *RUE*, núm. 53, 2024.

— «Los convenios de planeamiento y gestión urbanística y su naturaleza contractual. A propósito de la STS de 29 de enero de 2020 (recurso: 694/2018)», en *RUE*, núm. 54, 2025.

Ponce Solé, Juli: «La sentencia del Tribunal Constitucional 26/2025, de 29 de enero de 2025, sobre la Ley estatal por el derecho a la vivienda. Los límites legales a los precios de alquiler son constitucionalmente posibles como defensa del derecho a la vivienda del artículo 47 de la Constitución», en *RDU*, núm. 376, 2025.

— «Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad, o "entorno urbano", como razón imperiosa de interés general para delimitar el derecho de propiedad sin expropiarlo. La Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2025, de 13 de marzo, sobre uso turístico de viviendas», en *RDU*, núm. 378, 2025.

Sanciñena Asurmendi, Camino: «Subedificación y sobreedificación en elemento común. Comentario a la STS de 11 de abril de 2024 (JUR 2024, 118343). Comentario a la STS de 8 de mayo de 2024 (JUR 2024, 137837)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

Serrano Conde, Manuel: «Una obligada reforma del artículo 55 LEF para evitar la imposición a los reversionistas del pago de los intereses de demora previstos en el artículo 56: comentario a los autos del TSJ de Madrid de 20 de febrero y 27 de mayo de 2024 recaídos en ejecución de títulos judiciales», en *RUE*, núm. 53, 2024.

Soria Martínez, Gabriel: «La desordenación urbanística: los ataques al planeamiento, desde la amenaza de su nulidad a las nuevas normas dispositivas de aplicación directa», en *RDU*, núm. 373, 2024.

Soriano Amores, María Soledad: «La importancia de los instrumentos estratégicos en la gestión de residuos: planes y programas», en *RDU*, núm. 373, 2024.

Suay Ojalvo, Francisco: «El informe de evaluación del edificio, su relación con el deber de conservación: regulación estatal y autonómica en Castilla-La Mancha», en *RDU*, núm. 377, 2025.

Valenzuela Rodríguez, María José: «¿Hacia dónde nos dirigimos en materia de nulidad de planes urbanísticos? Últimos pronunciamientos jurisprudenciales y algunas medidas legislativas», en *RDU*, núm. 375, 2025.

Viapiana, María Francesca: «De la propuesta del Instituto Nacional de Urbanismo italiano a la reforma: estrategias operativas para una nueva ley urbanística en Italia», en *RDU*, núm. 374, 2024.

Vilela Pascual, María Luisa: «El principio de igualdad en el urbanismo. Estado actual de la cuestión, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2024», en *RUE*, núm. 54, 2025.

DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

Calvo Vérgez, Juan: «La aplicación del nuevo impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos: principales cuestiones», en *RDA*, núm. 58, 2024.

— «El nuevo Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono (MAFC) diseñado por la Comisión Europea a examen», en *RDA*, núm. 59, 2024.

Capuano Irigaray, Micheli: «Derecho administrativo social y políticas públicas sostenibles en relación con el acceso al agua potable en Brasil: desafíos de la agenda 2030», en *RDA*, núm. 58, 2024.

Centurión Cárdenas, Ximena Cecilia: «El papel del poder judicial en la reparación del daño ambiental. Un estudio comparativo entre España y Paraguay», en *RDA*, núm. 60, 2025.

Dobón Giner, Matilde: «La Trashumancia, su candidatura a Patrimonio Cultural Inmaterial UNESCO para España, en las Jornadas "Cañada Universidad de Alicante" 2023 (octubre y noviembre)», en *RDA*, núm. 58, 2024.

Embid Irujo, Antonio: «La legislación de aguas en Latinoamérica y el Caribe. Características esenciales y perspectivas transfronterizas», en *RDA*, núm. 58, 2024.

Eulalio de Lima, Gabriela *et al.*: «La transición del Antropoceno a la gestión ecológica: el papel de la litigación climática en la preservación del juicio de sostenibilidad», en *RDA*, núm. 58, 2024.

FUERTES LÓPEZ, Mercedes y GARCÍA MARTÍN, Lidia: «La protección del oso no puede hibernar», en *RDA*, núm. 60, 2025.

GIMÉNEZ CASALDUERO, María: «La pesca marítima de recreo y el dominio público: análisis de su régimen jurídico», en *RDA*, núm. 59, 2024.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: «Ley Europea de Restauración de la Naturaleza: crónica de un marco jurídico proactivo para la regeneración de ecosistemas europeos», en *RDU*, núm. 375, 2025.

IRASTORZA RUIGÓMEZ, Luis: «El largo y complejo camino hacia la neutralidad climática de la edificación», en *RDU*, núm. 378, 2025.

LÓPEZ FRAILE, Luis: «Aspectos jurídicos de la gestión de aguas en la minería metálica», en *RDA*, núm. 58, 2024.

— «Adaptación del ordenamiento minero español al nuevo Reglamento europeo de materias primas fundamentales», en *RDA*, núm. 60, 2025.

NEGRETE YANEZ, Carolina Rafaela y MARTÍNEZ MOSCOSO, Andrés: «Parámetros para la protección y conservación de los ríos: respuestas regulatorias y jurisprudenciales ecuatorianas», en *RDA*, núm. 59, 2024.

NÚÑEZ VALLS, Juana María: «Instrumentos económicos de regulación ambiental. Breve referencia a España», en *RDA*, núm. 59, 2024.

OLMOS CARBONELL, Elena: «Hacia un futuro más sostenible: la restauración de la naturaleza en el Reglamento (UE) 2024/1991», en *RDA*, núm. 60, 2025.

ORDÓÑEZ DELGADO, Salvador: «Litio y compuestos de litio en el sector energético: generación y almacenamiento», en *RDA*, núm. 60, 2025.

PARDO MIRANDA, Marta: «El derecho al agua: dilema de la tutela penal», en *RDU*, núm. 374, 2024.

PEREA SICCHAR, Javier Edilberto: «Aspectos ambientales en la protección de las comunidades campesinas y nativas en el Perú. Afectación a las comunidades por actividades petroleras y mineras», en *RDA*, núm. 59, 2024.

POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto: «La atribución de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca: reflexiones al hilo de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, y la sentencia del Tribunal Constitucional 142/2024, de 20 de noviembre», en *RDA*, núm. 60, 2025.

RABALDO BOTTAN, Rafael: «Las energías renovables como bienes comunes en Brasil: breves apuntes y experiencias de gestión comunitaria», en *RDA*, núm. 59, 2024.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «Vivienda sostenible, inteligencia artificial y huertos urbanos: algunas reflexiones y propuestas», en *RdPat*, núm. 66, 2025.

RENTERÍA TAMAYO, Olga Guadalupe *et al.*: «El paisaje como concepto conciliador para la formulación de leyes y políticas públicas agrarias en México. Revisión del tema», en *RDA*, núm. 59, 2024.

REYNAU SÁNCHEZ, Gema A.: «Coordinación de actividades empresariales en los puertos de interés general», en *RDA*, núm. 60, 2025.

RIVERO ORTEGA, Ricardo: «La Directiva europea de protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y su paradójico impacto sobre el Derecho administrativo sancionador», en *RDA*, núm. 58, 2024.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: «Incendios forestales convectivos y las medidas adoptadas por la Unión Europea y España: ¿reaccionamos?», en *RDA*, núm. 59, 2024.

SALINAS ALCEGA, Sergio: «Litigación climática en Estrasburgo. Obstáculos y aportes del derecho a un clima estable desde la perspectiva del esfuerzo de mitigación», en *REDE*, núm. 92, 2024.

SANZ RUBIALES, Íñigo: «¿Reducir emisiones? ¡Ampliar mercado! (la propuesta de la UE)», en *RDA*, núm. 60, 2025.

TRÍAS PRATS, Bartomeu: «Aprovechamiento privado de aguas (subterráneas) públicas: cuarenta años de la Ley de Aguas de 1985», en *RDU*, núm. 376, 2025.

TREMIÑO GUILLÉN, Inés: «Smart eco-cities, Zonas de Bajas Emisiones (ZBE) y procedimiento sancionador administrativo automatizado», en *RDA*, núm. 58, 2024.

VIAL BARROS, José Ignacio: «La protección del ambiente en las Constituciones de Chile y España: regulación, jurisprudencia y diferencias entre ambos países», en *RDA*, núm. 60, 2025.

VILLEGAS VEGA, Paul: «Aplicación de la inteligencia artificial para la regulación de la protección de las aguas», en *RDA*, núm. 58, 2024.

RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Problemática sobre valoración judicial de los MASC en la condena en costas», en *AC*, núm. 6, 2025.

JEREZ DELGADO, Carmen: «Los MASC, tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 191-226.

ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco: «¿Como elefante en cacharrería? o ¿hágase el milagro, y hágalo el diablo? Algunos puntos sobre las íes en la nueva ordenación de los MASC en nuestro ordenamiento jurídico: diez aciertos y diez desaciertos», en *AC*, núm. 3, 2025.

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa: «La mediación en la órbita de los MASC: hacia una justicia más sostenible», en *AC*, núm. 6, 2025.

DERECHO PROCESAL

ABAD ARENAS, Encarnación: «La regulación de las acciones colectivas: un intento fallido al amparo del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de eficiencia del servicio público de Justicia y de protección y defensa de los consumidores y usuarios», en *AC*, núm. 3, 2025.

ALISTE SANTOS, Tomás Javier: «Pacto de honorarios y su reclamación por los abogados tras la reforma del procedimiento introducida por el Real Decreto 6/2023, de 19 de diciembre», en *AC*, núm. 12, 2024.

ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: «La opción por el procedimiento con pronunciamientos sucesivos de las futuras acciones colectivas», en *AC*, núm. 2, 2025.

ARNAIZ SERRANO, Amaya: «Abogar por los derechos. Desafíos de una ley fundamental», en *RJC*, núm. 4, 2024.

CALAZA LÓPEZ, Sonia: «El árbol de la ciencia procesal: acción & defensa en clave permanente», en *AC*, núm. 12, 2024.

— «Un bálsamo de Fierabrás compuesto por eficiencia organizativa, procesal y digital: ¿La panacea de la Justicia?», en *AC*, núm. 1, 2025.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «La luz vence a la oscuridad: la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba del derecho extranjero», en *AC*, núm. 4, 2025.

CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl César: «De la "doctrina reiterada" al "interés casacional objetivo" o como la casación administrativa ha moldeado el significado de la jurisprudencia civilmente definida», en *AC*, núm. 12, 2024.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Tribunales españoles y custodia de menores con residencia habitual fuera de España: bienvenidos al laberinto normativo», en *AC*, núm. 5, 2025.

CASELLAS ROCA, David: «L'emparament col·legialuna garantia per a l'advocacia en la nova llei orgànica del dret de defensa», en *RJC*, núm. 4, 2024.

CUADRADO SOLER, Joan: «La prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios a la luz de las SSTJUE de 25 de abril de 2024 (asuntos C-484/21 y C-561/21) y las recientes modificaciones de la LEC», en *AC*, núm. 12, 2024.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: «Sobre la ineficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», en *RDP*, núm. 1, 2025.

ESCOBAR CRESPO, Álvaro: «Declinatoria: ámbito de conocimiento en el proceso civil», en *AC*, núm. 12, 2024.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Problemática procesal del inquiokupa», en *AC*, núm. 12, 2024.

GALINDO AYUDA, Fernando: «La Administración de Justicia, el juez robot y el Derecho», en *RGLJ*, núm. 4, 2024.

GONZÁLEZ MARTÍN, Salvador: «La Ley Orgánica del Derecho de Defensa», en *RJC*, núm. 4, 2024.

MARTÍNEZ SANTOS, Antonio: «Novedades en la realización forzosa de la ejecución civil tras la Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia», en *AC*, núm. 2, 2025.

NIEVA FENOLL, Jordi: «Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez: Cognitive biases and evidence: escaping from the judge´s intuition», en *InDret*, núm. 1, 2025.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «Régimen jurídico de la situación procesal de rebeldía», en *RDF*, núm. 105, 2024.

— «Los nuevos procesos de familia», en *RDF*, núm. 107, 2025.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita: «Cuestiones prácticas sobre la prueba en derecho de familia», en *RDF*, núm. 105, 2024.

PINTO RODRÍGUEZ, Iván: « La acumulación de la acción por incumplimiento del pacto parasocial a la de impugnación del acuerdo societario por lesión del interés social. Una reflexión pragmática a la luz de la reforma operada por la LO 7/2022, de 27 de julio», en *RJC*, núm. 1, 2025.

PORTA FRUTOS, Camilo: «Inteligencia artificial y proceso civil. Uso de los sistemas de IA en la adopción de medidas cautelares: riesgos, beneficios y perspectivas de futuro», en *RDNT*, núm. 67, 2025.

SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María: «La transparència en les costes processals a través dels col·legis de l'advocacia», en *RJC*, núm. 4, 2024.

SÁNCHEZ RIVERA, Pedro: «El recurso de casación tras las modificaciones del Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio y del Real Decreto 6/2023, de 19 de diciembre. Cuestiones principales», en *AC*, núm. 1, 2025.

SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Reconocimiento de resoluciones eclesiásticas sobre matrimonio: El encaje de la LOPJ con las cinco leyes vigentes», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 331-336.

SEGURA ZARIQUIEY, Javier: «El papel de la Procura en la transformación digital de la Justicia: análisis y propuestas de mejora ante los nuevos retos de la organización judicial en nuestro país», en *AC*, núm. 5, 2025.

TORIBIOS FUENTES, Fernando: «El juicio de precario no es idóneo para lanzar al deudor ejecutado por parte de quien tiene un título dominical obtenido en el seno de un proceso de ejecución. Comentario a la STS 442/2024, de 2 de abril (JUR 2024, 104188)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

VALLÉS SOLÉ, Mar: «La prova dels detrectius privats i la seva licitud en la recent jurisprudència», en *RJC*, núm. 3, 2024.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

ARPIO SANTACRUZ, Juan L.: «Fiscalidad directa, exenciones y ayudas de estado: la sentencia del TJUE en el asunto C-453/23, Prezydent Miasta Mielca», en *RDCD*, núm. 36, 2025.

BACHMALER WINTER, Lorena: «La fructífera interacción entre el Consejo de Europa y la Unión Europea. El avance del derecho de la UE en materia de protección de víctimas del delito», en *REDE*, núm. 93, 2025.

BALLESTER PASTOR, María Amparo: «La Directiva 2023/970 de transparencia retributiva, su transposición en España y la efectividad (al fin?) de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres», en *RJC*, núm. 3, 2024.

BARRIO ANDRÉS, Moisés: «El desarrollo y ejecución del Reglamento (UE) 2024/1689 de inteligencia artificial», en *RDNT*, núm. 67, 2025.

CAVALLER VERGÉS, Misericordia: «El concepto autónomo de responsabilidad civil en el ámbito de la protección de datos personales en la era digital: análisis del artículo 82 del Reglamento 2016/679», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 251-292.

CHAMORRO DOMÍNGUEZ, María de la Concepción: «Inicio de la aplicación del Reglamento sobre los Bonos Verdes Europeos: un impulso hacia la sostenibilidad financiera», en *RDS*, núm. 72, 2024.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: «Réquiem por la jurisdicción universal según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Naït-Liman c. Suiza a la sentencia en el caso Couso Permuy c. España», en *RDCE*, núm. 80, 2025, pp. 175-206.

COUSO PASCUAL, José Ramón: «La doctrina del TJUE sobre comisión de apertura en los contratos de financiación bancaria», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 211-260.

CUADRADO SOLER, Joan: «La prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios a la luz de las SSTJUE de 25 de abril de 2024 (asuntos C-484/21 y C-561/21) y las recientes modificaciones de la LEC», en *AC*, núm. 12, 2024.

DE ARMENTERAS CABOT, Marcos: «¿Hacia una restauración efectiva de la biodiversidad en Europa? el nuevo Reglamento (UE) 2024/1991 relativo a la restauración de la naturaleza», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 293-333.

DE BRUYCKER, Philippe: «La politique européenne d'asile: de la science-fiction juridique a la mise en oeuvre pratique?», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 11-23.

DE WITTE, Bruno: «Internal market legislation as European public policy», en *RDCE*, núm. 80, 2025, pp. 11-17.

DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, Adolfo: «Sentencias del Tribunal de la Unión Europea corrigiendo a la Junta Única de Resolución», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «La Directiva de voto múltiple: reflexiones generales y contradicciones internas y externas», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

FERRER LLORET, Jaume: «El conflicto del Sahara Occidental de nuevo ante el Tribunal de Justicia (2024): Sobre la Unión Europea y el respeto del derecho internacional», en *RDCE*, núm. 80, 2025, pp. 21-60.

FUENTES NAHARRO, Mónica: «Listing Act: el Parlamento aprueba el "paquete regulatorio" que pretende incrementar el atractivo y accesibilidad de los mercados de capitales europeos», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

García Andrade, Paula: «El control judicial de la PESC tras los asuntos Neves 77 Solutions y KS y KD: los principios constitucionales del derecho de la UE como fundamento y límite de la jurisdicción del TJUE», en *RDCE*, núm. 80, 2025, pp. 61-96.

García Casas, María: «El vínculo jurisdiccional dentro y fuera del espacio jurídico del convenio europeo de Derechos Humanos», en *REDE*, núm. 93, 2025.

García Lupiola, Asier: «Legislación europea: evolución del papel del Parlamento Europeo», en *RGLJ*, núm. 1, 2025.

Gaudissart, Marc-André: «Genèse et négociation de la réforme de l'architecture juridictionnelle de l'union européenne», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 27-48.

Gavela Llopis, Andrea: «La evolución de la arquitectura jurisdiccional de la Unión Europea desde la perspectiva de un agente», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 119-139.

Gilabert Gascón, Albano: «La validez de las cláusulas de paridad de precios a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE: el caso Booking.com», en *RDCD*, núm. 35, 2024.

Gómez Amigo, Luis: «Estudio de las órdenes europeas de producción y conservación. Un instrumento eficaz para la obtención transfronteriza de pruebas penales electrónicas», en *REDE*, núm. 92, 2024.

Gómez Trinidad, Silvia: «Los límites en la aplicación del criterio de la unidad económica en los últimos pronunciamientos del TJUEDra.», en *RDCD*, núm. 35, 2024.

Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino: «Ley Europea de Restauración de la Naturaleza: crónica de un marco jurídico proactivo para la regeneración de ecosistemas europeos», en *RDU*, núm. 375, 2025.

Guichot Reina, Emilio: «Hacia una convergencia en la protección del whistleblower en el derecho europeo», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 175-214.

Hernández Ramos, Mario: «El marco jurídico regulatorio europeo de la inteligencia artificial. La relación de complementariedad entre el Reglamento de la UE y la convención marco del Consejo de Europa», en *REDE*, núm. 92, 2024.

Hernández Saseta, Carmen y Baez Seara, David: «El Banco Central Europeo, una institución en adaptación constante al contexto económico cambiante: de la unión monetaria a la unión bancaria», en *RDCE*, núm. 80, 2025, pp. 131-174.

Jiménez Cardona, Noemí: «La armonización mínima de las acciones de voto múltiple en la Unión Europea», en *AC*, núm. 6, 2025.

Jiménez Gómez, Briseida Sofía: «El reglamento piloto sobre la tecnología de registros distribuidos en los mercados de valores: un análisis crítico», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 37-66.

MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia: «El contrato de intermediación electrónica tras los reglamentos europeos sobre transparencia y equidad (p2b), servicios y mercados digitales», en *RDM*, núm. 334, 2024.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel: «Nuevo título de protección para los productos artesanales e industriales en la Unión Europea», en *RDM*, núm. 333, 2024.

MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, José: «La nueva competencia del Tribunal General en materia prejudicial: la hora de pasar de las musas al teatro», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 49-88.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión integradora del derecho a la vivienda y el derecho de propiedad», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 1-56.

MÉNDEZ PINEDO, Elvira: «Treinta años del Espacio Económico Europeo: experiencias y retos de la cooperación europea con Islandia y Noruega», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 215-250.

MIER GALERA, David: «El TJUE y la defensa de la independencia del juez de los Estados miembros», en *RJC*, núm. 1, 2025.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Ley aplicable al daño moral en accidente de circulación por carretera. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Sep. 2024, C-86/2023, HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II (JUR 2024 273129)», en *RdPat*, núm. 66, 2025.

MURUA ASTORQUIZA, Ohiane: «La controvertida reforma del mecanismo europeo de estabilidad (MEDE): un análisis jurídico constitucional», en *REDE*, núm. 93, 2025.

NEVES PÉREZ, Hugo: «La Unión Europea como potencia normativa en un mundo globalizado: ¿sueño o realidad?», en *RJUAM*, núm. 50, 2024.

OLMOS CARBONELL, Elena: «Hacia un futuro más sostenible: la restauración de la naturaleza en el Reglamento (UE) 2024/1991», en *RDA*, núm. 60, 2025.

ORTÍ VALLEJO, Antonio y VICEIRA ORTEGA, Patricia: «Responsabilidad de los mercados en línea respecto del contrato subyacente: un confuso panorama en el derecho de la Unión Europea: Liability of online marketplaces in relation to the underlying contract: a confusing outlook in European Union law», en *InDret*, núm. 1, 2025.

PLAZA PENADÉS, Javier: «Principales aspectos del Reglamento UE de Inteligencia Artificial», en *RDNT*, núm. 66, 2024.

PORRAS RAMÍREZ, José María: «La reforma del marco de gobernanza económica y presupuestaria de la Unión Europea: ¿una revisión realista del Pacto de Estabilidad y Crecimiento?», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 143-174.

PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «Nessun Dorma: el verdadero ámbito de aplicación personal. De la Directiva sobre diligencia debida y sus pilares», en *RDS*, núm. 72, 2024.

RAMOS, María Elisabete: «Lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y la renovación de los regímenes de titularidad real», en *RDS*, núm. 74, 2025.

Reinhart Schuller, Robert: «El TJUE y el IRPH: ¿asunto finalmente resuelto?», en *RCDI*, núm. 808, 2025, pp. 1133-1152.

Rodríguez Sánchez-Tabernero, Soledad y Spac, Rastislav: «El Alto Representante y el Servicio Europeo de Acción Exterior: del Tratado a la jurisprudencia», en *RDCE*, núm. 80, 2025, pp. 97-130.

Salinas Alcega, Sergio: «Litigación climática en Estrasburgo. Obstáculos y aportes del derecho a un clima estable desde la perspectiva del esfuerzo de mitigación», en *REDE*, núm. 92, 2024.

Sampol Pucurull, Miguel: «El control de legalidad de las resoluciones de salas de recurso de las agencias de la UE», en *RDCE*, núm. 79, 2024, pp. 89-117.

Sánchez Calero Barco, Helena: «El TJUE abre la puerta a la posibilidad de que litiguen asociaciones de consumidores contra sectores económicos enteros», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Sanz Caballero, Susana: «Era cuestión de tiempo. Croacia ante el Tribunal de Justicia de la UE por violación de la independencia judicial», en *REDE*, núm. 92, 2024.

Serrano Cañas, José Manuel: «El Reglamento FIFA y el Derecho europeo de la competencia: A propósito de la STJUE en el caso Lassana Diarra, de 4 de octubre de 2024», en *RDCD*, núm. 35, 2024.

Sousa Ferro, Miguel: «Plazos de prescripción en la aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE: una visión sistematizada de cuestiones resueltas y abiertas», en *RDCD*, núm. 36, 2025.

Tapia Hermida, Alberto Javier: «Control de la transparencia de las cláusulas suelo mediante acciones colectivas. Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2024 (Asunto C-450/22) Caixabank y otros», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

— «Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio de 2024», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

— «Responsabilidad extracontractual del Banco Central Europeo por decisiones de supervisión prudencial de Banca Carige: Sentencia del Tribunal General de la UE de 5 de junio de 2024 (asunto T-134/21)», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

— «Información empresarial sobre sostenibilidad: Comunicado de la CNMV y el ICAC con recomendaciones sobre la adaptación de la información sobre sostenibilidad del ejercicio 2024 a las exigencias de la Directiva sobre información corporativa (CSRD) y los estándares europeos ESRS», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Tassinari, Francesca: «La interoperabilidad en el espacio de libertad, seguridad, y justicia y el nuevo Reglamento de Inteligencia Artificial: Algunas consideraciones sobre el procedimiento de detección de identidades múltiples», en *InDret*, núm. 2, 2025.

Vergara Prieto, Natasha: «La vulneración del derecho de la competencia europeo en la prohibición de los acuerdos "third party ownership" por parte de la FIFA», en *RDM*, núm. 335, 2025.

DERECHO COMPARADO

ADROHER BIOSCA, María Salomé *et al.*: «La especialización jurisdiccional en Europa en materia de familia, infancia y capacidad: estudio comparado», en *AC*, núm. 3, 2025.

ANDRADES NAVARRO, Agustín: «La usucapión inmobiliaria y el registro de la propiedad en Italia: un análisis comparativo con el derecho español», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 229-273.

ÁVILA GUTIÉRREZ, Irene: «La doctrina de la imprevisión chilena y la cláusula rebus sic stantibus en España. Una mirada comparada hacia los planteamientos explorados en ambos ordenamientos en supuestos de desequilibrio grave obligacional causado por circunstancias sobrevenidas, imprevisibles y extraordinarias», en *RDC*, núm. 5, 2024, pp. 263-298.

BARREIRO, Marcelo G. y LORENTE, Javier A.: «Las acciones de recomposición del patrimonio falencial en el derecho argentino», en *ADCon*, núm. 64, 2025, pp. 123-167.

BEALE, Hugh: «Diversity among contract laws: What are the measures, and what are the drivers?», en *RDC*, núm. 4, 2024, pp. 163-191.

CAPOBIANCO, Gianni: «Sostenibilidad medioambiental y sistemas concursales en la reforma de la Ley italiana de crisis empresarial», en *ADCon*, núm. 64, 2025, pp. 168-197.

CAPUANO IRIGARAY, Micheli: «Derecho administrativo social y políticas públicas sostenibles en relación con el acceso al agua potable en Brasil: desafíos de la agenda 2030», en *RDA*, núm. 58, 2024.

CASTILLO IBORRA, Francisco: «El préstamo participativo en el Derecho comparado: ¿regular o no regular? Esa es la cuestión», en *CDC*, núm. 83, 2024, pp. 77-102.

CENTURIÓN CÁRDENAS, Ximena Cecilia: «El papel del poder judicial en la reparación del daño ambiental. Un estudio comparativo entre España y Paraguay», en *RDA*, núm. 60, 2025.

EMBID IRUJO, Antonio: «La legislación de aguas en Latinoamérica y el Caribe. Características esenciales y perspectivas transfronterizas», en *RDA*, núm. 58, 2024.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «La reforma belga de la responsabilidad civil extracontractual», en *InDret*, núm. 2, 2025.

LIEDER, Jan: «El Registro Mercantil en Alemania y España», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 603-637.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia y VARGAS BRAND, Isué Natalia: «La tutela del consumidor hipervulnerable que celebra un contrato debido a publicidad ilícita, en el Derecho chileno y en el Derecho colombiano», en *RDC*, núm. 1, 2025, pp. 239-278.

MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando: «Historia del Registro de la propiedad colonial en Guinea (1888-1948)», en *RCDI*, núm. 807, 2025, pp. 13-71.

PEREA SICCHAR, Javier Edilberto: «Aspectos ambientales en la protección de las comunidades campesinas y nativas en el Perú. Afectación a las comunidades por actividades petroleras y mineras», en *RDA*, núm. 59, 2024.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Los desafíos de la función pública notarial al socaire del nuevo Código de las Familias de Cuba», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 143-238.

— «Los actos de autoprotección desde el catalejo notarial: especial referencia al derecho cubano», en *RJNot*, núm. 119, 2024.

PERLINGIERI, Pietro: «Processo evolutivo del "Diritto civile nella legalità costituzionale". Una lezione alla Camera civile di Milano», en *RDC*, núm. 4, 2024, pp. 73-96.

RABALDO BOTTAN, Rafael: «Las energías renovables como bienes comunes en Brasil: breves apuntes y experiencias de gestión comunitaria», en *RDA*, núm. 59, 2024.

RENTERÍA TAMAYO, Olga Guadalupe *et al.*: «El paisaje como concepto conciliador para la formulación de leyes y políticas públicas agrarias en México. Revisión del tema», en *RDA*, núm. 59, 2024.

RIMINI, Emanuele: «Gobierno corporativo y sostenibilidad: la perspectiva del Derecho italiano», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

SAVAUX, Éric y SCHÜTZ, Rose Noëlle: «Ce que la Cour de cassation fait au droit civil», en *RDC*, núm. 4, 2024, pp. 21-72.

SCHULZE, Reiner: «El Código civil en la era digital: Tradición e innovación en el Derecho alemán de obligaciones», en *RDC*, núm. 4, 2024, pp. 163-191.

TOMO, Alessia: «Libre prestación de servicios, plataformas digitales y obligaciones tributarias. Reflexiones a partir del caso Airbnb Italia», en *REDE*, núm. 93, 2025.

VIAL BARROS, José Ignacio: «La protección del ambiente en las Constituciones de Chile y España: regulación, jurisprudencia y diferencias entre ambos países», en *RDA*, núm. 60, 2025.

VARIA

ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio: «Secreto profesional y Ley Orgánica 5/2024 (Comentario de su art. 16)», en *RJC*, núm. 4, 2024.

ANSÓN PEIRONCELY, Rafael: «Ley 2/2023 de protección del denunciante y la responsabilidad de los administradores», en *RDBB*, núm. 172, 2024, pp. 149-180.

ARQUERONS MURCIA, Miguel: «¿Insolidarios o cómplices? Un problema de comisión por omisión. Comentario a la STS 771/2024, de 13 de septiembre», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Bueno Guerra, Nereida *et al.*: «¿Atenuación por pedofilia de la responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos sexuales contra menores?: Análisis psicológico de su fundamentación en las resoluciones de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo», en *InDret*, núm. 2, 2025.

Castellví Monserrat, Carlos: «¿Intimidar con males lícitos? Comentario a la STS 235/2024, de 11 de marzo, sobre el "caso Ausbanc"», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Cavallé Cruz, Alfonso: «Actuación notarial ante un desastre natural: (el volcán de Cumbre Vieja)», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 123-141.

Cecchini Rosell, Xavier: «Ineficacia sobrevenida del testamento y efectos revocatorios en el Código civil de Cataluña: Subsequent ineffectiveness of the will and revocation effects in the Civil Code of Catalonia», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Cid Moliné, José: «El futuro de las alternativas a la prisión en España: The future of alternatives to prison in Spain», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Conlledo Lantero, Fernando: «50 Aniversario de la Convención de asesores jurídicos de CECA», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Costa, Pietro: «Decir la verdad: ¿una misión imposible para la historiografía», en *RJUAM*, núm. 50, 2024.

Domínguez Ruiz de Huidobro, Aldolfo: «La Fiscalía aclara la calificación de la estafa con nuevos instrumentos de pago», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

— «Nuevas medidas legales contra el blanqueo de capitales», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Engrácia Antunes, José: «Diligencia Debida en materia de sostenibilidad empresarial: el nuevo mantra y sus falacias», en *RDBB*, núm. 175, 2025.

Esteban Ramos, Luisa María: «Sobre la posible violación de secretos empresariales por parte de los extrabajadores de una empresa a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo civil, sentencia 447/2024, de 3 de abril, rec 1729/2020», en *RDCD*, núm. 35, 2024.

Fernández Molina, Esther: «Jóvenes en el sistema penal: ¿una oportunidad de socialización legal?», en *InDret*, núm. 2, 2025.

Fortuñy Marqués, Raimundo: «Los pactos sucesorios: experiencia balear», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 499-536.

Frau Gaià, Sebastià: «Los grandes principios del Derecho catalán histórico», en *AC*, núm. 1, 2025.

Fuentes Naharro, Mónica: «El Proyecto de Código Mercantil Europeo (Code Européen des Affaires – European Business Code) recibe un nuevo impulso», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Gálvez Galisteo, Juan: «La desvirtuada judicialización de la política: especial atención al Tribunal Constitucional», en *RJUAM*, núm. 50, 2024.

García de la Torre García, Faustino: «¿Es posible aplicar la excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 CP a los delitos cometidos contra el patrimonio de la herencia yacente? Comentario a la STS 885/2023, de 29 de noviembre (RJ 2023, 5768)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

García Domínguez, Isabel y Miró Llinares, Fernando: «¿Hacemos sentencing?: Una revisión sistemática sobre la sentencia como objeto de estudio científico en España», en *InDret*, núm. 2, 2025.

García Martínez, Luz María: «XX Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Gaspar Lera, Silvia: «Préstamo con garantía hipotecaria para adquirir una finca que no constituirá vivienda familiar: derecho expectante de viudedad aragonés. Comentario a la RDGSJyFP de 20 de junio de 2024 (JUR 2024, 219622)», en *CCJC*, núm. 127, 2025.

Gervasoni Vila, Carlo: «Quina és la finalitat de la confiscació de la garantia del artículo 213.3 de la Llei de contractes del sector públic?», en *RJC*, núm. 1, 2025.

Gete Alonso, María del Carmen: «Reflexiones en torno a la evolución de las instituciones jurídicas de derecho privado. Sustancia y forma», en *RJC*, núm. 1, 2025.

Gil Gil, Alicia: «De nuevo sobre el riesgo permitido: Again on permissible risk. Reply to Silva Sánchez», en *InDret*, núm. 1, 2025.

González Lillo, Diego: «El autoengaño en derecho penal: elementos para su análisis dogmático», en *InDret*, núm. 2, 2025.

Hernández Sáinz, Esther: «Instrumentos jurídicos para dotar de liquidez a las inversiones realizadas a través de plataformas de financiación participativa (crowdfunding): SMN para PYMES en expansión, tablón de anuncios, toquenización y otros mecanismos que mejoran la transmisibilidad», en *RDBB*, núm. 173, 2024.

Jalvo Gutiérrez, Nerea: «Campos de fresa y discriminación de género: la migración circular a través de la narrativa de las mujeres marroquíes en Huelva», en *RJUAM*, núm. 50, 2024.

Jamardo Lorenzo, Andrea: «La dimensión tecnológica de la cadena de custodia: algunas claves», en *InDret*, núm. 2, 2025.

Jiménez Yáñez, Ricardo-María y Mut Bosque, María: «La escritura jurídica de tratados internacionales: claridad, congruencia y corrección», en *AC*, núm. 4, 2025.

Laurrari, Elena: «Los derechos de los presos: Peticiones y quejas en los centros penitenciarios», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Larrauri, Elena y Varona Gómez, Daniel: «Declaraciones imperfectas y agresión sexual: Reflexiones a propósito del "caso Alves"», en *InDret*, núm. 2, 2025.

Llopis Benlloch, José Carmelo: «La circulación de las copias electrónicas notariales», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 45-94.

López Peñate, Isabel: «La vecindad civil como criterio determinante de la aplicación del pacto sucesorio balear de "definición", y el impacto del derecho europeo en esta materia», en *RCDI*, núm. 806, 2024, pp. 3507-3540.

Lorca Navarrete, Antonio María: «El interés casacional vasco», en *AC*, núm. 2, 2025.

Martín Paciente, Miriam: «Del objeto al sujeto de Derecho: análisis crítico de la personalidad jurídica del Mar Menor», en *AC*, núm. 5, 2025.

Martínez Sanchiz, José Ángel: «El protocolo electrónico en la Ley 11/2023», en *AAMN*, núm. 63, 2023-2024, pp. 13-44.

Martínez Sanromà, Oriol: «Asesinatos en serie y prisión permanente revisable. Comentario a la STS 776/2024, de 18 de septiembre», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Mirena Landa Gorostiza, Jon y Giménez-Salinas Framis, Andrea: «Las decisiones judiciales de delitos de odio en España: un estudio de casos de 2018 a 2022: Hate Crime Court Decisions in Spain: a Case Study from 2018 to 2022», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Montes Noblejas, Diego: «La introducción de la "técnica" en la política: algunas reflexiones sobre la tecnocracia y los tecnócratas», en *RJUAM*, núm. 50, 2024.

Müller, Carlos: «Superliga contra la UEFA: el partido por el control del fútbol europeo», en *RJUAM*, núm. 50, 2024.

Muruaga Herrero, Pablo: «La imprecisa denominación legislativa del derecho sobre un secreto empresarial», en *RGLJ*, núm. 1, 2025.

Navarro Rodríguez, Sonia: «Aplicación práctica de la ley de igualdad. Metodología para integrar la perspectiva de género en la actuación letrada», en *RJC*, núm. 4, 2024.

Pawlik, Michael: «Una geometría del fenómeno jurídico total: la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen», en *InDret*, núm. 2, 2025.

Pérez González, Sergio: «La ley penal rider (artículo 311.2.º CP): The criminal law for riders (Article 311.2.º of the Penal Code). Mismatches of rationality and alternatives», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Petit Calvo, Carlos: «Algunas lecturas de historia del derecho mercantil», en *RDM*, núm. 336, 2025.

Pinto Monteiro, António: «Sobre a modificação judicial de penas contratuais "manifestamente excessivas" – A proposta espanhola de 2023», en *RDC*, núm. 4, 2024, pp. 139-161.

Quintero Olivares, Gonzalo: «La ley de amnistía: una reflexión crítica», en *RJC*, núm. 3, 2024.

Real Galí, Quim: «¿Cuándo muere la persona jurídica? Comentario a la SAN 20/2024, de 8 de julio», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Rivas Andrés, Rafael: «Amares privados perpetuos en puertos y marinas», en *RJNot*, núm. 119, 2024.

Rodríguez Guitián, Alma María: «Los sesgos y el derecho: En especial, sus implicaciones para el derecho civil», en *InDret*, núm. 2, 2025.

Rueda Martín, María Ángeles: «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa a la luz de los avances de los sistemas de Inteligencia Artificial: The determination of the objective duty of care in the framework of the healing medical-surgical activity considering advances in Artificial Intelligence systems», en *InDret*, núm. 1, 2025.

Sánchez Calero Barco, Helena: «Audiencia pública de modificaciones reglamentarias del régimen de tasaciones inmobiliaria», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Sánchez Sánchez, Eva María: «Límites de la inspección tributaria en el acceso a dispositivos electrónicos: el rol de la autorización judicial y la importancia de la cooperación internacional», en *RDNT*, núm. 67, 2025.

Silva Sánchez, Jesús María: «Luto en la escuela idealista del Derecho penal alemán», en *InDret*, núm. 1, 2025.

— «Expansión 2.0: los nuevos riesgos», en *InDret*, núm. 2, 2025.

Suñol Lucea, Aurea: «La noción de secreto empresarial. Comentario a la STS 447/2024, de 3 de abril (JUR 2024, 416993)», en *CCJC*, núm. 126, 2024.

Tamarit Sumalla, Josep Maria: «Amnistia, política criminal i dret: a propósit de la Lley Orgànica 1/2024», en *RJC*, núm. 3, 2024.

Tapia Hermida, Alberto Javier: «Información empresarial sobre sostenibilidad», en *RDBB*, núm. 174, 2024.

Villacampa Estiarte, Carolina y Pinilla Pérez, Beatriz: «La violencia contra las mujeres por causa de honor y sus diversas manifestaciones: ¿qué nos dice la literatura científica?: Honour-based violence against women and its various manifestations: what does the scientific literature tell us?», en *InDret*, núm. 1, 2025.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil.
ADCon	Anuario de Derecho Concursal.
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM.
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio.
PDD	Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías.

RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial.
RDC	Revista de Derecho Civil.
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.
RDCD	Revista de Derecho de la competencia y la distribución.
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo.
RDF	Revista de Derecho de Familia.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDS	Revista de Derecho de Sociedades.
RDU	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente.
REDE	Revista Española de Derecho Europeo.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RJC	Revista Jurídica de Catalunya.
RJNot	Revista Jurídica del Notariado.
RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid.

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret	www.indret.com.

Sentencias comentadas

Competencia judicial internacional y ley aplicable a los contratos de aprovechamiento por turno sobre bienes inmuebles situados en España. Un estudio a la luz de la STS núm. 1427/2024, de 30 de octubre de 2024 y la práctica judicial española [*]

JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ
Profesor permanente laboral de Derecho internacional privado
(Acreditado a Profesor titular de universidad)
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un exhaustivo estudio de las cuestiones jurídicas relacionadas con la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las demandas sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles situados en España celebrados por consumidores, domiciliados en el Reino Unido, con la sucursal española de una sociedad británica, tomando como referencia el supuesto litigioso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024.

PALABRAS CLAVES

Competencia judicial internacional, Reglamento de Bruselas I bis, ley aplicable, Reglamento de Roma I, consumidores, contratos de aprovechamiento por turno.

---

[*] El trabajo se ha cerrado el 7 de mayo de 2025.
ORCID ID: 0000-0002-2986-2013. Miembro del equipo de investigación del Proyecto «Hacia una transición digital centrada en la persona en la Unión Europea». Esta publicación es parte del Proyecto TED2021-129307A-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU»/PRTR.

International jurisdiction and applicable law to timeshare contracts concerning immovable property located in Spain. A Study in light of Supreme Court judgment num. 1427/2024, of October 30, 2024, and Spanish judicial practice

ABSTRACT

This paper provides an exhaustive study of the legal issues related to international jurisdiction and the law applicable to claims on contracts of timeshare contracts concerning immovable property located in Spain entered into by consumers, domiciled in the United Kingdom, with the Spanish branch of a British company, taking as reference the disputed case prosecuted by the judgment of the Spanish Supreme Court of 30 October 2024.

KEY WORDS

International jurisdiction, Brussels I Regulation, applicable law, Rome I Regulation, consumers, timeshare contracts.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Cuestiones relativas a la competencia judicial internacional.* 1. Ámbito de aplicación del Reglamento de Bruselas I bis. 2. La exclusión de los foros exclusivos de competencia del artículo 24.1 del Reglamento de Bruselas I bis. 3. La controvertida sumisión tácita de la parte demandada. 4. Las reglas especiales de competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por consumidores. 4.1 Condiciones de aplicación de los artículos 17 a 19 del Reglamento de Bruselas I bis. 4.2 Legitimación pasiva. 4.3 El domicilio de la otra parte contratante. 4.4 El foro de la sucursal. 4.5 Limitaciones a los acuerdos de atribución de competencia. 5. La situación *pos-Brexit*.–III. *Cuestiones sobre ley aplicable.* 1. El carácter específico de la norma de conflicto del artículo 6 del Reglamento de Roma I. 2. El carácter imperativo y exhaustivo de las conexiones del artículo 6 del Reglamento de Roma I. 3. Ley aplicable a la validez de la cláusula de elección de ley aplicable. 4. Sobre la eventual aplicación de la Ley 14/2012 como norma internacionalmente imperativa. 5. Las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero.–IV. *Conclusiones.–Bibliografía.–Jurisprudencia citada.*

I. **INTRODUCCIÓN**

El hecho de que España sea una potencia mundial en el sector turístico y, en particular, el país europeo con mayor número de

complejos de tiempo compartido es, sin lugar a duda, el principal factor socioeconómico que subyace tras la abundante práctica judicial española de esta última década relacionada con los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles situados en ciertas zonas turísticas de nuestro país, como la Costa del Sol y las Islas Canarias. El examen de la práctica judicial pone de relieve el carácter internacional que presenta el elevado volumen de supuestos litigiosos sobre los que han conocido nuestros jueces y tribunales. La internacionalización del sector del tiempo compartido, a través de grupos empresariales que operan mediante un entramado de empresas que se reparten geográficamente el desarrollo de la actividad del grupo[1], el éxito de este sector entre ciudadanos provenientes de diversos países europeos, y la situación de los inmuebles en España, donde también se efectúa los principales actos necesarios para la celebración y ejecución de los contratos de aprovechamiento por turnos, configuran un escenario propio para cuestiones de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr), como la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y la ley aplicable al fondo de dichos litigios. En un plano estrictamente jurídico, hay dos elementos que destacan como catalizadores de este fenómeno de judicialización del DIPr en materia de contratos de consumo. Por un lado, la comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno a través de las sucursales españolas de empresas domiciliadas en el extranjero, que se encargan de promocionar el producto mediante técnicas de venta directa a consumidores domiciliados en el mismo país en el que tiene su domicilio la sociedad principal, y de gestionar los distintos contratos en nombre y por cuenta de dicha sociedad. Por otro lado, la rigidez del modelo español del aprovechamiento real por turno de la derogada Ley 42/1998[2], que solo admitía la configuración del aprovechamiento por turno como derecho real limitado[3], condenando al ostracismo cualquier modelo de tiempo compartido configurado conforme con una norma nacional distinta de la

[1] Sabido Rodríguez (2022), p. 477.

[2] Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (*BOE* núm. 300, de 16 de diciembre de 1998), que transpuso la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*DO* núm. L 280, de 29 de octubre de 1994).

[3] También como arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años.

española[4]. Esta norma fue derogada por la vigente Ley 4/2012[5] con el objeto de incorporar en el Título I la Directiva 2008/122/CE[6], para garantizar la validez de cualquier otra modalidad contractual de constitución de derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo, constituidas al amparo de una ley extranjera, aunque el inmueble esté situado en España[7]. Sin embargo, el examen de la práctica judicial española pone de relieve que no se ha logrado desprender de la rigidez del modelo legal de derecho real de la Ley 42/1998, ahora incorporado en el Título II de la Ley 4/2012, contraviniendo las exigencias previstas en las normas de la Unión Europea, en particular, el Reglamento (CE) núm. 593/2008 (en adelante, RRI)[8].

Precisamente, la STS (Sala de lo Civil) núm. 1427/2024, de 30 de octubre (MP: M.ª Ángeles Parra Lucán) aborda tangencialmente estos elementos catalizadores en un caso que reproduce en esencia la mayoría de los litigios internacionales sobre aprovechamiento por turno que han conocido nuestros tribunales. En el caso enjuiciado, se plantea como cuestiones jurídicas la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y la ley aplicable a tres contratos de aprovechamiento por turnos celebrados en España entre consumidores, de nacionalidad británica y con domicilio en el Reino Unido, y la sucursal en España de una sociedad británica, domiciliada en el Reino Unido. A través de los contratos, los ciudadanos ingleses adquirieron, a cambio de un precio, unos puntos canjeables anualmente por el derecho a ocupar durante unas semanas unos apartamentos en unos complejos turísticos que se ofertan en nuestro país, junto a otra serie de servicios turísticos. En dichos contratos se incluyeron cláusulas de sumisión a los tribunales ingleses y de elección de la ley inglesa como *lex contractus*. Los consumidores demandaron a la sucursal ante nuestros tribunales solicitando la nulidad de dichos contratos y la

[4] Cfr. Carrasco Perera (2012), p. 47.

[5] Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (*BOE* núm. 162, de 7 de julio de 2012), que derogó el Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo (*BOE* núm. 66, de 17 de febrero de 2012).

[6] Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (*DO* núm. L 33, de 3 de febrero de 2009). Lo mismo que la Directiva 94/47/CE, la Directiva 2008/122/CE no se ocupa de la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento por turno sobre bienes inmuebles, ni como derecho real ni como derecho personal.

[7] González Carrasco (2012), p. 10.

[8] Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (*DO* núm. L 177, de 4 de julio de 2008).

devolución de las cantidades abonadas por la formalización de los contratos, con base en el Título II de la Ley 4/2012, debido a la absoluta falta de determinación de su objeto, al no recaer el derecho de aprovechamiento en un alojamiento concreto, no estar descrito el edificio con precisión ni indicado el periodo determinado de utilización. La demanda fue íntegramente estimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Fuengirola, que se declaró competente en virtud del foro de la sucursal, y ratificada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga[9], aplicándose en ambos casos la ley española al entender que no puede excluirse por ser imperativa. La parte demandada interpuso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga un recurso extraordinario por infracción procesal, denunciando la incorrecta aplicación de los artículos 17 a 19 RBI bis y la validez de la cláusula de sumisión a los tribunales ingleses, y un recurso de casación solicitando la aplicación de la ley inglesa, conforme al artículo 6 RRI, que sí permite el modelo asociativo de los contratos litigiosos, y el rechazo a considerar las disposiciones del Título II de la Ley 4/2012 como normas de policía por el hecho de que el inmueble esté en España.

Con todo, el propósito del presente trabajo es realizar un exhaustivo estudio de las cuestiones jurídicas relacionadas con la determinación de la competencia judicial internacional (II) y la ley aplicable (III) en supuestos litigiosos internacionales como los del caso enjuiciado por la sentencia del TS de 30 de octubre de 2024. Este estudio ha requerido un profundo examen de las numerosas decisiones dictadas por las Audiencias Provinciales de Málaga y de Santa Cruz de Tenerife en la materia, así como del amplio repertorio de la jurisprudencia del TJUE en relación con la interpretación de las normas europeas de DIPr en este tipo de litigios. Como nota aclaratoria, se debe indicar que el estudio analiza los problemas que presentan los supuestos litigiosos reseñados antes del *Brexit*, cuando el Reino Unido debía ser considerado como Estado miembro a efectos de la aplicación de los instrumentos europeos[10], y también después de la desconexión europea, cuando el Reino Unido ha dejado de ser tenido como Estado miembro a esos efectos.

---

[9] SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 278/2022 de 9 de mayo de 2022 (JUR\2022\351527).

[10] De conformidad con lo dispuesto en los artículos 67 y 126 Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020 relativa a la celebración del 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 (*DO* núm. L 29, de 31 de enero de 2020).

II. CUESTIÓNES RELATIVAS A LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS

Como punto de partida, se ha reseñar que la Directiva 2008/122/CEE no establece ninguna regla especial de competencia judicial internacional, por lo que, como establece su considerando 18, la determinación de los tribunales internacionalmente competentes sobre los litigios respectos a los contratos incluidos en su esfera de aplicación deberá determinarse acudiendo a las normas del DIPR de la Unión. En particular, la determinación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el litigio que ocupa la atención del presente trabajo ha de llevarse a cabo atendiendo a las previsiones territorial, temporal, material y personal del Reglamento UE 1215/2012[11] (en adelante, RBI bis). En este sentido, es sabido que el RBI bis está en vigor en todos los Estamos miembros de la Unión, incluida Dinamarca. En lo que respecta al litigio que ocupa la atención del presente trabajo, al presentarse la demanda antes del 31 de enero de 2020, antes de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea, este país es considerado Estado miembro a los efectos de aplicación del RBI bis. En efecto, según las fechas que aparece en la sentencia, la demanda se presentó el 13 de febrero de 2019. Dado que el RBI bis es aplicable desde el 10 de enero de 2015, el litigio queda comprendido en la esfera de aplicación temporal. Además, la demanda se refiere a un litigio en «materia civil o mercantil», en el sentido del artículo 1.1 RBI bis. Este concepto, para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros, como cualquier concepto contenido en el RBI bis, debe interpretarse de forma autónoma, con referencia al sistema y a los objetivos del Reglamento. A este respecto, el TJUE ha declarado que lo relevante a los efectos de la interpretación autónoma de la noción de «materia civil o mercantil» es la naturaleza jurídica de las relaciones jurídicas entre las partes o el objeto del proceso[12]. Por lo tanto, el RBI bis se aplica a las acciones judiciales del presente caso, tanto la de nulidad de los derechos de aprovechamiento

[11] Reglamento UE 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012).

[12] Véase a este respecto la STJUE (Sala Primera) de 16 de julio de 2020, as. C73/19, *Movic BV*, ECLI: EU: C:2020:568.

por turno como la de reclamación de cantidad. Se tratan de acciones basadas en disposiciones de Derecho privado aplicables a las relaciones entre particulares, que tienen por objeto someter relaciones de Derecho privado al control jurisdiccional.

Asimismo, se debe señalar que se trata de un litigio que contiene elementos de extranjería, lo cuales es igualmente, ya que la internacionalidad de la situación en juicio una condición *sine qua non* de la aplicación del RBI bis. A pesar del silencio del artículo 1.1 RBI bis[13], el TJUE ha precisado reiteradamente, desde la sentencia dictada en el asunto *Owusu*[14], que dicho régimen únicamente se aplica a las relaciones jurídicas de «carácter internacional», es decir, a aquellas que tienen vínculos con más de un país[15]. En particular, a efectos de la aplicación del RBI bis, el TJUE ha identificado el carácter internacional de una situación litigiosa cuando esta pueda plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales en el orden internacional[16]. Respecto a la determinación del carácter internacional de la relación jurídica litigiosa, el TJUE ha adoptado una acepción amplia del concepto de elemento de extranjería. Se ha se ha referido a la distinta nacionalidad de las partes del litigio[17], al distinto domicilio de las partes del litigio[18], y, en los supuestos en que las partes tienen su domicilio en el mismo Estado, ha inferido el carácter internacional no solo del propio objeto del litigio[19], sino también de la mera voluntad de las

---

[13] El requisito implícito de «internacionalidad» deriva de la base jurídica del RBI bis, a saber, el artículo 81.2 TFUE, que permite a la Unión adoptar medidas a los efectos de dar cumplimiento a los objetivos establecidos en el apartado primero de la citada disposición, que se refiere a la cooperación judicial en «asuntos civiles con repercusión transfronteriza». Este requisito también es conforme con la propia finalidad del RBI bis. En tanto que instrumento de DIPr de la Unión, está concebido para el supuesto en que un órgano jurisdiccional nacional está llamado a resolver un asunto que presenta vínculos con uno o varios países distintos del suyo.

[14] STJUE (Gran Sala) de 1 de marzo de 2005, as. C281/02, *Owusu*, ECLI: EU: C:2005:120.

[15] Véase a este respecto las Conclusiones del Abogado General Sr. N. Emiliou presentadas el 7 de marzo de 2024, as. C-774/22, *FTI Touristik GmbH*, ECLI: EU: C:2024:219, apdos. 18 a 62.

[16] STJUE (Sala Novena) de 8 de septiembre de 2022, as. C399/21, *IRnova AB*, ECLI: EU: C:2022:648, apdo. 28.

[17] Véase, en este sentido, STJUE (Sala Primera) de 17 de noviembre de 2011, as. C-327/10, *Hypoteční banka a.s*., ECLI: EU: C:2011:745, apdo. 32, y las Conclusiones de la Abogada General Sra. V. Trstenjak presentadas el 8 de septiembre de 2011, as. C-327/10, *Hypoteční banka*, ECLI: EU: C:2011:561, apdos. 57 a 63.

[18] Véase la STJUE (Sala Sexta) de 7 de mayo de 2020, as. ac. C267/19 y C323/19, *Parking e Interplastics*, ECLI: EU: C:2020:351, apdo. 32 y jurisprudencia citada.

[19] STJUE (Sala Cuarta) de 29 de julio de 2024, as. C-774/22, *FTI Touristik GmbH*, ECLI: EU: C:2024:646, apdo. 40. En la STJUE (Sala Octava) de 14 de noviembre de 2013, as. C-478/12, *Maletic*, ECLI: EU: C:2013:735, apdo. 29, el TJUE incluso ha llegado a fundamentar el carácter internacional de la relación litigiosa, y, con ello, la aplicación del RBI bis, en la vinculación indisociable de una relación contractual interna con otra que no planteaba dudas sobre su internacionalidad ha de recibir una calificación de internacional cuando esté indisociablemente vinculada a una relación contractual internacional. Véase

partes, mediante la sumisión de las eventuales controversias que puedan surgir entre ellas a la competencia de los tribunales de otro Estado miembro[20]. En cualquier caso, al tratarse de un litigio relativo a obligaciones contractuales que supuestamente se cumplen en un Estado distinto del Estado miembro en el que las dos partes tienen su domicilio, y que plantea cuestiones relativas a la determinación de la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales, sin lugar a duda el caso del que se ocupa el presente trabajo queda comprendido en el ámbito de aplicación del RBI bis. Presenta un carácter internacional, a efectos del RBI bis, toda vez que, atendiendo a los elementos de la relación jurídica contractual litigiosa, la nacionalidad y el domicilio británicos de los consumidores y de la sociedad matriz plantean a los Tribunales españoles cuestiones relativas a la determinación de la competencia judicial internacional.

En lo que respecta al ámbito de aplicación personal, la regla de que parte el RBI bis, condicionando la aplicación de sus normas de competencia judicial internacional del Reglamento a que el domicilio del demandado esté en un Estado miembro (art. 4.1), no es relevante en el presente caso. Una hipotética calificación del objeto del litigio, ya sea sobre un derecho real inmobiliario conforme al artículo 24.1 RBI bis o relativo a un contrato celebrado por consumidor conforme al artículo 17 RBI bis, constituiría sendas excepciones a la regla general del domicilio del demandado en un Estado miembro. A tenor de lo previsto en el artículo 6.1 RBI bis, si se considera el carácter real del objeto del litigio o un contrato de arrendamiento sobre bien inmueble, bastaría con que el bien inmueble estuviera situado en un Estado miembro (como es el caso, en España) para que resulte de aplicación el RBI bis (art. 24.1), a pesar de que el domicilio del demandado se encuentre fuera de la Unión. Asimismo, si se considera el objeto del litigio un contrato celebrado por un consumidor, y se cumplen las condiciones previstas en el artículo 17 RBI bis, el RBI bis también resulta de aplicación frente a demandados domiciliados en un tercer Estado, cuando quien plantea la demanda es un consumidor con domicilio en un Estado miembro de la Unión.

Una vez justificada la aplicación del RBI bis al litigio en cuestión, es importante señalar que el Reglamento establece un sistema jerarquizado de foros de competencia judicial internacional, que se

---

Maseda Rodríguez (2024), p. 7; Mankowski (2023), pp. 439-440; Garcimartín Alférez (2023), p. 134.

[20] STJUE (Sala Primera) de 8 de febrero de 2024, as. C566/22, *Inkreal*, ECLI: EU: C:2024:123, apdo. 22 y jurisprudencia citada. Véase al respecto De Miguel Asensio (2024), pp. 1-6; Maseda Rodríguez (2024), pp. 8-16.

pueden distinguir en varios niveles. En primer lugar, se encuentran los foros de competencia exclusivos (art. 24 RBI bis), que se aplican con independencia del domicilio del demandado en un Estado miembro. En segundo lugar, entre los foros concurrentes, se encuentra el foro de la sumisión tácita previsto en el artículo 26 RBI bis, que no tiene más limites que los foros de competencia exclusivos. En tercer lugar, los foros de protección entre los que se encuentran los previstos en los artículos 17 a 19 para los contratos celebrados por consumidores. En cuarto lugar, el foro de la sumisión expresa prevista en el artículo 25 RBI bis, que limita la eficacia de los acuerdos de atribución de competencia en los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 17 del RBI bis al cumplimiento de alguno de los tres supuestos previstos en el artículo 19 de dicho Reglamento. En quinto lugar, el régimen general del foro general del domicilio del demandado (art. 4.1. RBI bis) y los foros especiales de los artículos 7 y 8 RBI bis. A continuación, se procederá al examen de los foros reseñados atendiendo a las particularidades del supuesto litigioso del presente estudio.

2. LA EXCLUSIÓN DE LOS FOROS EXCLUSIVOS DE COMPETENCIA DEL ARTÍCULO 24.1 DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS

La primera cuestión que se debe resolver antes de la eventual aplicación de las reglas especiales de competencia judicial en materia de contratos celebrados por consumidores es si el objeto del litigio es el ejercicio de acciones reales inmobiliarias o de acciones personales en materia de arrendamiento de bienes inmuebles, ya que esto determinaría la competencia judicial internacional exclusiva de los tribunales españoles, donde el inmueble se encuentra. De hecho, el TS comienza examinando esta cuestión, pues la calificación del objeto del litigio como un supuesto de competencia exclusiva del artículo 24.1 RBI bis condiciona la operatividad de una posible sumisión tácita de la parte demandada en el litigio, conforme a lo previsto por el artículo 26.2 RBI bis[21]. Efectivamente, el RBI bis contiene normas propias sobre la comprobación de la competencia judicial que obligan a los tribunales nacionales a

[21] Artículo 26 RBI bis: «Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24».

declararse de oficio incompetentes cuando se les plantee un litigio para el cual los tribunales de otro Estado miembro sean exclusivamente competentes conforme a la citada disposición: «El órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca a título principal de un litigio para el que los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro sean exclusivamente competentes en virtud del artículo 24 se declarará de oficio incompetente» (art. 27 RBI bis).

Sobre esta base, la representación procesal de la parte demandada acierta al solicitar el rechazo a la aplicación del artículo 24.1 RBI bis, en la medida en que las acciones del litigio no pueden recibir la calificación de acciones reales inmobiliarias, en contraposición con los argumentos de la parte demandante en favor de la naturaleza mixta de los derechos litigiosos con predominio del carácter real. La parte demandante considera que, en virtud de los contratos litigiosos, adquieren principalmente el derecho real de disfrute de un inmueble sito en España y, secundariamente, el acceso a unos servicios que pueden disfrutar en las mismas condiciones que en un complejo hotelero. En realidad, nos encontramos ante los denominados contratos de tipo flotante, que tienen por objeto la adquisición de puntos fraccionados y canjeables anualmente por el derecho a ocupar una o varias semanas unos apartamentos dentro de los complejos turísticos ofertados, u otra serie de servicios turísticos, no pudiendo apreciarse la existencia de contratos de adquisición de un derecho real sobre un inmueble. A partir de estas consideraciones, el TS resuelve acertadamente que el objeto del litigio no es una materia de competencia exclusiva del artículo 24 RBI bis, que excluiría la competencia de cualquier otro tribunal, en la medida en que las acciones ejercitadas no versan sobre derechos reales inmobiliarios[22]. Partiendo del carácter excepcional de los foros exclusivos y la necesidad de interpretarlos en el sentido requerido por su finalidad[23], el TS recuerda que el foro exclusivo del artículo 24.1 RBI bis se proyecta sobre aquellas acciones cuyo objeto y fundamento es un derecho real, con el fin de determinar la extensión, consistencia, la propiedad o la posesión de un inmueble o la existencia de otros derechos reales, y garantizar la protección vinculada a los títulos de esos derechos. Esto no aplica cuando, como en este caso, la acción se dirige, invocando las normas reguladoras de los contratos, a que se declare la nulidad del contrato y se condene al reembolso de las cantidades abonadas. Análogamente, siguiendo lo

[22] FJ 5.º de la sentencia. Véase en este mismo sentido la SAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 433/2022 de 25 de octubre de 2022 (JUR\2023\135558), FJ 2.º.

[23] Con referencia a la STJUE (Sala Cuarta) de 16 de noviembre de 2023, as. C-497/22, *Roompot Service*, ECLI: EU: C:2003:873, apdo. 25.

declarado por el TJUE en el asunto *Klein*[24], el TS señala que el hecho de que los contratos celebrados respondan a un modelo de adhesión a un club que, en contrapartida del pago de una cuota, permita a los socios adquirir y ejercer un derecho de utilización, en régimen de tiempo compartido de un bien inmueble designado, en el que las prestaciones adicionales son superiores al uso, tampoco permite considerar que se trata del foro exclusivo previsto en el mismo artículo 24.1 para los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. Las consideraciones realizadas por el TS no hacen más que confirmar la línea seguida de manera unánime por la Audiencia Provincial de Málaga y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife frente a litigios como los del presente estudio[25].

---

[24] STJUE (Sala Primera) de 13 de octubre de 2005, as. C73/04, *Klein*, ECLI: EU: C:2005:607, apdo. 27.

[25] En esta misma dirección se ha pronunciado el AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 620/2020 de 30 de diciembre de 2020 (JUR\2021\199735), FJ 4: «El objeto del contrato, como ha declarado en numerosas ocasiones la Audiencia Provincial de Málaga, consiste en derechos de uso que permiten el alojamiento en distintos resorts vacaciones de todo el mundo, siendo de invocar lo resuelto por el TJUE en sentencia de 13 de octubre de 2015 (asunto C-731/04) que descarta la concurrencia de este foro ante contratos que prevean el ingreso en un club que, a contrapartida del pago de una cuota, permite a los socios adquirir y ejercer un derecho de utilización, en régimen de tiempo compartido. En cualquier caso, ejercitándose una acción de nulidad con devolución del precio prestado, la acción ejercitada es de carácter personal y no sería de aplicación el artículo 24.1 del Reglamento 1215/2012. Al hilo de lo que declara el Tribunal Supremo en su sentencia 16/2017, de 16 de enero, que del propio contenido del contrato litigioso se desprende que, en realidad, estamos ante un contrato por el que se constituye un derecho de uso sin que se exprese que tenga carácter real o personal, y que, según su contenido objetivo, no supondría indubitadamente la constitución de un derecho real sobre un bien inmueble concreto y diferenciado, en la medida en que, como se recoge en el mismo contrato, los puntos fraccionados objeto de adquisición confieren a los titulares el derecho a intercambiarlos por semanas de vacaciones, no solo en complejos sitos en España, sino también en diferentes "resorts" en otros lugares del mundo, sin que los puntos fraccionados transfieran ni otorguen el derecho de uso de ninguna propiedad asignada, y ello aun cuando se describa el objeto de identificación y se señale un Resort en particular. Los derechos de aprovechamiento por turno deben recaer sobre alojamientos concretos, y es evidente que en el caso que nos ocupa nada se especifica en el contrato o acuerdo firmado, por lo que nos encontramos ante una indeterminación absoluta, también del periodo de semana a la que tenían derecho a disfrutar los actores. En consecuencia, "prima facie" y a los solos efectos de determinar si la jurisdicción española es la competente, debe concluirse que no cabe la invocación de la competencia exclusiva que se contempla en el artículo 24.1 del Reglamento 1215/2012, con arreglo al cual en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales donde radica el inmueble ostentan competencia exclusiva y excluyente. Así resulta, además, de lo resuelto por el TJUE en sentencia de 13 de octubre de 2005 (asunto C-73/04), en la que dicho Tribunal declara que un contrato que no se refiere únicamente al derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido, sino que se refiere igualmente a la prestación de distintos servicios de un valor superior al del derecho de utilización del inmueble no constituye un contrato de arrendamiento de un bien inmueble en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 85/577 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por lo que respondió a la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que el artículo 16, número 1, letra a), del Convenio de Bruselas, que establecía el mismo criterio que el artículo 24.1 del Reglamento 1215/2012, debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a un contrato de adhesión a un club que, en contrapartida del pago de una cuota, que constituye el elemento dominante del precio total, permite a los socios adquirir y ejercer un derecho de utilización, en régimen de tiempo compartido, de un bien inmueble designado únicamente por su tipo y situación, y prevé la afiliación de sus socios a una organización en la que pueden intercambiar sus derechos de utilización».

3. LA CONTROVERTIDA SUMISIÓN TÁCITA DE LA PARTE DEMANDADA

A partir de lo anterior, descartado que el litigio del trabajo configure un supuesto de competencia exclusiva del artículo 24 RBI bis, personada la parte demandada, a ella le incumbía, de acuerdo con el artículo 28 RBI bis, la carga de impugnar la competencia judicial internacional. En efecto, el artículo 28 RBI bis dispone que, cuando persona domiciliada en un Estado miembro sea demandada ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y no comparezca, el órgano jurisdiccional se declarará de oficio incompetente si su competencia no se fundamenta en lo dispuesto en el Reglamento. Pero si es notificado y se persona, salvo que impugne expresamente la competencia judicial internacional (mediante declinatoria internacional), el juez será competente por la sumisión tácita por parte del demandado. Así reza el apartado primero del artículo 26 RBI bis: «Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24». Como se ha indicado, el único límite al juego del artículo 26 RBI bis son las competencias exclusivas[26]. El foro de la sumisión tácita prevale sobre el resto de los foros de competencia del Reglamento, incluidos los foros de protección (consumidores, trabajadores y seguros). Por lo tanto, el artículo 26 RBI bis también se aplica a los contratos celebrados por los consumidores en el sentido de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento. La sumisión tácita es posible también incluso cuando el demandado es el consumidor, pero, en tal caso, el órgano jurisdiccional debe asegurarse, antes de asumir la competencia, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no (art. 26.2 RBI bis).

El concepto de comparecencia del demandado en el sentido del artículo 26 RBI bis es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que debe interpretarse de manera uniforme. En este contexto, el TJUE ha declarado que el tribunal deviene automáticamente competente si una vez personado, el demandado no impugna en tiempo y

[26] STJUE (Sala Sexta) de 17 de marzo de 2016, as. C-175/15, *Taser*, ECLI: ECLI: EU: C:2016:176, apdo. 33.

en forma la competencia judicial internacional[27]. Teniendo en cuenta su jurisprudencia, también ha señalado que no hay sumisión tácita si el demandado impugna la competencia judicial internacional y, además, subsidiariamente, el fondo del asunto, siempre que se realice en el primer momento fijado por el Derecho procesal nacional para interponer la excepción[28]. A partir de estas consideraciones, de la documentación obrante en el caso del presente estudio se desprende claramente que la representación procesal de la demandada impugnó la competencia judicial de los tribunales españoles mediante declinatoria por falta de jurisdicción, que desestimó el juez de primera instancia. En lugar de interponer recurso de reposición contra dicho acto, presentó el escrito de oposición a la demanda. Por ello, no se puede entender, como sostiene el TS en el caso enjuiciado, que haya una sumisión tácita por parte del demandado en el sentido del artículo 26 RBI bis, sino un supuesto de preclusión del plazo del recurso de reposición, por virtual del cual la resolución denegatoria de la declinatoria adquirió firmeza, aunque la consecuencia sea la misma. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda en el presente caso no se debió técnicamente hablando a la sumisión tácita del demandado, sino al cumplimiento de las condiciones de aplicabilidad de las reglas especiales de competencia judicial internacional previstas en los artículos 17 a 19 RBI bis, que remiten al foro de la sucursal (art. 7.5 RBI bis). Sostener lo contrario sería aceptar la modificación de lo decidido en una resolución firme con fuerza de cosa juzgada formal.

4. LAS REGLAS ESPECIALES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONTRATOS CELEBRADOS POR CONSUMIDORES

4.1 **Condiciones de aplicación de los artículos 17 a 19 del reglamento de Bruselas I bis**

Al no tratarse de un litigio sobre una materia de competencia exclusiva del artículo 24 RBI bis, si la parte demandada hubiera

[27] Garcimartín Alférez (2023), p. 199. El juez al que se ha sometido un litigio debe declararse competente en el caso de que el demandado comparezca y no proponga una excepción de incompetencia, pues tal comparecencia constituye una prórroga tácita de la competencia en el sentido del artículo 26 RBI bis, véase a este respecto STJUE (Sala Cuarta) de 20 de mayo de 2010, as. C111/09, *CPP Vienna Insurance Group*, ECLI: EU: C:2010:290, apdos. 26 y 33.

[28] STJUE de 24 de junio de 1980, as. C-150/80, *Elefanten Schuh*, ECLI: EU: C:1981:148, apdo. 17.

recurrido el auto desestimatorio de la declinatoria, habría obligado a la Audiencia Provincial de Málaga y al TS a revolver los pertinentes recursos con arreglo a las reglas especiales de competencia previstas en los artículos 17 a 19 RBI bis, para los contratos celebrados por los consumidores. Estas reglas protegen a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales. Antes de entrar en el análisis de las cuestiones jurídicas que plantean las citadas disposiciones en litigios como el que nos ocupa, es preciso recordar que los artículos 17 a 19 RBI bis establecen un régimen específico de competencia judicial internacional, que se aparta del criterio del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4 RBI bis), como regla que determina el ámbito de aplicación del Reglamento. Estas disposiciones también resultan de aplicación frente a un empresario demandado domiciliado en un tercer Estado, cuando quien plantea la acción es un consumidor pasivo domiciliado en un Estado miembro de la Unión (arts. 6.2 y 18.1 RBI bis)[29]. Además, el legislador europeo prevé también una equiparación entre domicilio y sucursal tratándose de empresas domiciliadas en terceros Estados con sucursales en un Estado miembro de la Unión, considerando que, para todos los litigios relativos a su explotación, el empresario domiciliado en un tercer Estado está domiciliado en dicho Estado miembro (art. 17.2 RBI bis)[30]. En este contexto, el TJUE ha indicado que las reglas especiales de competencia previstas en los artículos 17 a 19 tienen un carácter no solo específico, sino también exhaustivo. Cuando la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro se deriva de dichas disposiciones, prima la aplicación de estas sobre las normas nacionales de determinación de la competencia, aun cuando estas sean más favorables para los consumidores. De ello se desprende también que esas normas de competencia

[29] Espiniella Menéndez (2014-2015), p. 281. Al margen de las ventas a plazos de mercaderías o de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes, el artículo 17.1.c) RBI bis condiciona la aplicación de la Sección 4 del Capítulo II a que el cocontratante del consumidor ejerza sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato se encuentre comprendido en el marco de tales actividades comerciales. Cumpliéndose dicha condición, el artículo 17.2 bis RBI bis establece el foro de la sucursal para los casos en que el cocontratante de ese consumidor no esté domiciliado en un Estado miembro, y el artículo 18 RBI bis permite al consumidor presentar la demanda contra la otra parte contratante ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en que está domiciliado el consumidor, y si quien demanda es la otra parte contratante, deberá hacerlo ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor.

[30] STJUE (Sala Quinta) de 15 de septiembre de 1994, as. C-318/93, *Brenner y Noller*, ECLI: EU: C:1994:331, apdo. 18.

solo pueden ser modificadas o completadas por otras normas de competencia enunciadas en el propio Reglamento en caso de que una disposición de la Sección 4 haga una remisión expresa a estas[31], como sucede con la remisión que realiza el artículo 17.1 al foro de la sucursal previsto en el artículo 7.5 RBI bis[32]. En todo caso, dado que estas reglas constituyen una excepción tanto a la regla general de competencia establecida en el artículo 4.1 RBI bis, que atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté domiciliado el demandado, como a la regla de competencia especial en materia contractual, contenida en el artículo 7.1 del mismo Reglamento, deben ser necesariamente objeto de una interpretación estricta, que no puede ir más allá de los supuestos contemplados en ellas[33].

Con todo lo anterior, la competencia judicial es determinada por la Sección 4 del Capítulo II cuando se cumplen los tres requisitos establecidos en el artículo 17.1 RBI bis, a saber: en primer lugar, que una parte contractual tenga la condición de consumidor que actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional; en segundo lugar, que el contrato entre dicho consumidor y un profesional haya sido efectivamente celebrado, y, en tercer lugar, que ese contrato pertenezca a una de las categorías incluidas en el apartado 1, letras a) a c), del referido artículo 17. Estos requisitos deben cumplirse de manera cumulativa, de modo que, si no se da alguno de los tres, no cabe determinar la competencia según las normas en materia de contratos celebrados por los consumidores[34]. El primero de los requisitos exige que una parte contractual ha de ser una persona física, que ostenta la condición de consumidor porque actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional, y la otra, una persona física o jurídica que interviene en ejercicio de una actividad comercial, lo que permite su calificación como profesional. En este sentido, es importante recordar que el concepto de consumidor contenido en los artículos 17 a 19 RBI bis deben interpretarse de forma autónoma. El examen de

---

31 No en vano, en caso de que el juez de origen no respete lo dispuesto en las reglas especiales de competencia de la Sección 4 del Capítulo II es causa de denegación del reconocimiento de la resolución [artículo 45.1.e) RBI bis].

32 Véase en este sentido la STJUE (Sala Primera) de 22 de mayo de 2008, as. C462/06 *Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline*, ECLI: EU: C:2008:299, apdo. 19.

33 Véanse la STJUE (Sala Primera) de 8 de mayo de 2019, as. C25/18, *Kerr*, ECLI: EU: C:2019:376, apdo. 22, y STJUE (Sala Primera) de 26 de marzo de 2020, as. C215/18, *Primera Air Scandinavia*, ECLI: EU: C:2020:235, apdo. 55 y jurisprudencia citada.

34 Estos requisitos deben cumplirse de manera cumulativa, de modo que, si no se da alguno de las tres condiciones, no cabe determinar la competencia según las reglas especiales en materia de contratos celebrados por los consumidores, véase en este sentido la STJUE (Sala Cuarta) de 23 de diciembre de 2015, as. C297/14, *Hobohm*, ECLI: EU: C:2015:84, apdo. 24 y jurisprudencia citada.

la jurisprudencia del TJUE sobre estos artículos pone de relieve que el concepto de consumidor tiene un carácter objetivo[35]. Siguiendo al TJUE en este punto, la concreción del concepto de consumidor debe hacerse a partir de la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona[36]. Por ello, para ser calificado como consumidor, resultan irrelevantes las circunstancias subjetivas de la persona, como los conocimientos y la experiencia que pueda poseer en relación con el objeto del contrato[37], o incluso el ánimo de lucrarse mediante la reventa[38] o de obtener una rápida

[35] Garcimartín Alférez (2023), p. 132.

[36] Véase la STJUE (Sala Tercera) de 25 de enero de 2018, as. C-498/16, *Schrems*, ECLI: EU: C:2018:37, apdo. 29 y jurisprudencia citada.

[37] Véase la STJUE (Sala Primera) de 3 de octubre de 2019, as. C-208/18, *Petruchová*, ECLI: EU: C:2019:825; y la STJUE (Sala Cuarta) de 2 de abril de 2020, as. C-500/18, *Reliantco Investments* LTD, ECLI: EU: C:2020:264.

[38] A este respecto, la STS (Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno) núm. 16/2017 de 16 de enero de 2017 (RJ\2017\22), ha señalado con buen criterio: «En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo, en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión. Además, la redacción del artículo 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14). 2.– A su vez, la reforma del mencionado artículo 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCom» (FJ 4.º). En el mismo sentido, En el mismo sentido, STS (Sala Primera, de lo Civil), núm. 35/2018 de 24 de enero de 2018 (RJ\2018\243), FJ 6.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 108/2018 de 1 de marzo de 2018 (RJ\2018\761), FJ 12.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 119/2018 de 6 de marzo de 2018 (RJ\2018\870), FJ 10.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 121/2018 de 7 marzo de 2018 (RJ\2018\935), FJ 2.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 133/2018 de 7 de marzo de 2018 (RJ\2018\871), FJ 10.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 231/2018 de 20 de abril de 2018 (RJ\2018\1754), FJ 7.º; STS (Sala Primera, de lo

rentabilidad de su inversión mediante la reventa[39]. Ciertamente, en el litigio no se discute que se está ante la presencia de dos personas físicas que celebraron los contratos litigios para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, y que, por lo tanto, reciben la calificación de consumidores en el sentido de los artículos 17 a 19 RBI bis. Sin embargo, en bastantes resoluciones adoptadas por la Audiencia Provincial de Málaga y la de Santa Cruz de Tenerife en este ámbito, existe una tendencia significativa a constatar la concurrencia en los demandantes de la condición de consumidores, en el sentido de las anteriores disposiciones, con arreglo a una interpretación *ex lege fori*, a través de la noción de consumidores que establece el artículo 3.1 TRLGDCU. A pesar de conducir al mismo resultado, en la medida en que la disposición nacional establece una definición en la misma línea del artículo 17 RBI bis, considerando como consumidores las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, no es correcto utilizar los conceptos del RBI bis con el significado que tienen en el Derecho interno. Prueba de ello es que

---

Civil), núm. 378/2018 de 20 de junio de 2018 (RJ\2018\2671), FJ 10.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 518/2019 de 4 de octubre de 2019 (RJ\2019\4047), FJ 7.º.

[39] Como ha declarado la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) núm. 359/2017, de 28 de julio de 2017 (JUR\2018\55796), FJ 4.º: «El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física. 1.– En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo, en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión. Además, la redacción del artículo 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14). 2.– A su vez, la reforma del mencionado artículo 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario».

el artículo 1.3 Ley 4/2012 amplía la noción de consumidor a toda persona jurídica que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión.

El segundo requisito para la aplicación del régimen específico de los artículos 17 a 19 RBI bis requiere que se haya celebrado un contrato entre el profesional y el consumidor con independencia de su objeto, a excepción de los contratos de transporte. La exigencia de este requisito está estrechamente vinculada con el anterior, en la medida en que la valoración de consumidor, a los efectos del artículo 17 RBI bis, siempre ha de estar determinada por un contrato. Esta apreciación se corrobora con el título de la Sección 4 del Capítulo II de dicho Reglamento, en la que se inserta el artículo 17, que se refiere a la «competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores», aplicándose solamente en los casos en que la acción judicial deriva de un contrato entre un consumidor y un profesional[40]. No en vano, como se verá más adelante, las reglas especiales de competencia previstas en el artículo 18 RBI bis subordinan su aplicación a la exigencia en todo caso de la celebración de un contrato. Ciertamente, el artículo 17 RBI bis no define lo que entiende por contrato, ni tampoco los requisitos para su celebración. Sin embargo, ello no ha impedido que el TJUE haya construido, a través de su jurisprudencia sobre promesas de premios, una definición autónoma de dichos conceptos, basada en el sistema y los objetivos de los instrumentos normativos europeos, los principios básicos del Derecho contractual común a los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros, y las respectivas conclusiones de los abogados generales, apoyadas en no pocos casos en los Principios del Derecho Europeo de Contratos y en el Marco Común de Referencia[41]. En este sentido, el TJUE identifica el término genérico de «contrato» del artículo 17 RBI bis con el acuerdo de voluntades celebrado entre las dos partes, expresado en la oferta realizada por el profesional y la aceptación de dicha oferta por el consumidor, del que pueden nacer obligaciones sinalagmáticas o recíprocas (contratos bilaterales) o bien obligaciones para una de ellas que se imponen en virtud de su compromiso (contratos unilaterales). Esta forma de ver el contrato como el producto del acuerdo de voluntades de las partes contratantes explica que el TJUE acoja el elemento consensual como requisito esencial y necesario que determina la celebración del contrato, en cuanto presupuesto para la aplicación del artículo 17 RBI bis, en detrimento

[40] STJUE (Sala Cuarta) de 2 de abril de 2020, as. C-500/18, *Reliantco Investments LTD*, ECLI: EU: C:2020:264, apdo. 60.

[41] Paredes Pérez (2023), p. 135.

de otros elementos considerados esenciales en los ordenamientos esenciales[42], como la *consideration* en el Derecho inglés o la causa en los sistemas romanistas. Ciertamente, el acuerdo de voluntades de las partes, realizado a través de una oferta y una aceptación de la misma, como el requisito esencial para la celebración del contrato, a los efectos del artículo 17 RBI bis, en los términos que declara el TJUE en la sentencia *Gabriel*[43], concurre en el caso que nos ocupa, en relación con los tres contratos de aprovechamiento por turno celebrado entre los consumidores británicos y la sucursal en España de la sociedad británica vendedora de dichos derechos.

Finalmente, salvo que se trate de una venta a plazos de mercaderías, un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes, para que el consumidor se beneficie del régimen específico de protección de los artículos 17 a 19 RBI bis, es necesario, además, que haya contratado con un profesional que ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades [art. 17.1.c) RBI bis]. Esta tercera condición busca proteger al llamado consumidor pasivo, es decir, un consumidor que es captado por un empresario que dirige o ejerce su actividad comercial en varios Estados miembros, incluido el Estado miembro en que está domiciliado el consumidor. Al interpretar esta condición, el TJUE ha supeditado su aplicación a la voluntad del profesional de emprender relaciones comerciales con consumidores de otros Estados miembros, y de su propio país[44], y celebrar contratos con ellos en el marco de tales

---

[42] Véase a este respecto las Conclusiones de la Abogada General Sra. V. Trstenjak, presentadas el 11 de septiembre de 2008, as. C180/06, *Ilsinger*, ECLI: EU: C:2008:483, apdos. 48 a 63.

[43] STJUE (Sala Sexta) de 11 de julio de 2002, as. C96/00, *Gabriel*, ECLI: EU: C:2009:303, apdo. 49.

[44] El antiguo artículo 13.1.3.º del CB de 1968 [Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (*DO* núm. C 27, de 26 de enero de 1998)] preveía, a los efectos de la noción de consumidor pasivo, que la conclusión del contrato de prestación de servicios debía haber sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta del profesional que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y el consumidor tenía que haber llevado a cabo en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato. Tales requisitos cumulativos no permitían incluir los contratos de tiempo compartido en el régimen de protección, aun cuando tales contratos recibían la calificación de contratos de prestación de servicios, en la medida en que el consumidor suele ser abordado o atraído fuera de su domicilio, en un lugar vacacional, donde recibe la publicidad, la oferta y celebra el contrato. El artículo 15.1.c) RBI Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* núm. L 12, de 16 de enero de 2001) –actual artículo 17.1.c) RBI bis– modificó las condiciones precisas para invocar el régimen de protección mediante la supresión

actividades. En estos casos, el carácter transnacional de contrato finalmente celebrado se origina en la iniciativa del operador económico, quedando, pues, justificado que corra con el riesgo de internacionalidad y los costes de un proceso en el Estado miembro en el que ha dirigido su actividad comercial y en el marco de la cual queda comprendido dicho mercado. En cambio, la acción del consumidor, el lugar de celebración del contrato o el modo de concluirlo carecen de relevancia[45]. En particular, la acción del profesional puede consistir en ejercer una actividad en el Estado miembro donde tiene su domicilio el consumidor, o en dirigirla a ese mismo Estado. La primera hipótesis cubre los supuestos en los que está ejerciendo sus actividades en varios Estados miembros, incluido el Estado miembro en que está domiciliado el consumidor, lo cual requiere algún tipo de presencia física directa o a través de representantes en dichos mercados. La segunda hipótesis engloba los supuestos en los que el profesional no se desplaza físicamente a dichos Estados, pero dirige hacia ellos sus actividades, mediante ofertas o publicidad, cualquier que sea la naturaleza del medio empleado (Internet, prensa, televisión, radio, etc.).

En cualquiera de los casos, se debe reseñar que la aplicabilidad del artículo 17.1.c) RBI bis solo está sujeta al requisito expreso de que el cocontratante profesional ejerza su actividad comercial en el Estado del domicilio del consumidor en la fecha de celebración del contrato. Esto significa que el artículo 17.1.c) RBI bis da cobertura a contratos en los que, al tiempo de su celebración, el empresario y el consumidor están domiciliados en el mismo Estado miembro[46], pero que se han de cumplir en otros Estados, y a contratos en los que, al momento de la celebración, el empresario y el consumidor están domiciliadas en un mismo Estado miembro, sin que el posterior traslado del domicilio del consumidor a otro Estado miembro pueda impedir la aplicación de dicha disposición. Como ha declarado la sentencia del TJUE en el asunto *Commerzbank AG*[47], el

---

de la exigencia de que el consumidor haya tenido que hacer en el Estado miembro de su domicilio los actos necesarios para la conclusión del contrato, y la ampliación del régimen de protección a todo contrato (no solo de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios) comprendido en el marco de la actividad comercial que ejerce o dirige la parte cocontratante al Estado miembro del domicilio del consumidor. La supresión de la exigencia relacionada con los actos del consumidor y la ampliación de la esfera material a todo contrato permite, sin lugar a duda, la inclusión de los contratos de tiempo compartido, como los del caso enjuiciado, en el régimen especial de los artículos 17 a 19 RBI bis. Véase Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo (2022), p. 744.

[45] Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 9 de septiembre de 2021, as. C-296/2024, *Commerzbank AG*, ECLI: EU: C:2021:733, apdo. 52.

[46] Calvo Caravaca y Carrascosa González (2022), p. 3468.

[47] Normand y Balate (1980), p. 302, De Matos (2001), pp. 50-51, se posicionaron a favor de esta interpretación frente a la del Informe P. Schlosser sobre el Convenio

artículo 17.1.c) RBI debe interpretarse en el sentido de que esta disposición determina la competencia judicial en el supuesto de que el profesional y el consumidor, partes en un contrato de consumo, estuvieran domiciliados, en la fecha de la celebración de ese contrato, en el mismo Estado miembro y de que un elemento de extranjería de la relación jurídica no surgiera hasta después de la referida celebración, debido al traslado ulterior del domicilio del consumidor a otro Estado miembro. El hecho de que el cocontratante profesional ejerza o dirija su actividad comercial en el Estado miembro en el que ambas partes estaban domiciliadas, al tiempo de la celebración del contrato, abre la Sección 4 del Capítulo II del RBI bis, de modo que un ulterior cambio de domicilio del consumidor a otro Estado miembro posibilita al consumidor demandar la acción ante los tribunales del Estado miembro de su nuevo domicilio[48], aun cuando el cocontratante profesional no ejerza en el Estado miembro del nuevo domicilio del consumidor actividades profesionales como las que dieron lugar a la celebración del contrato.

Ciertamente, la aplicación de la condición prevista en el artículo 17.1.c) RBI bis no fue una cuestión suscitada ni debatida en primera instancia. Esta cuestión fue introducida por la parte demandada en el recurso de apelación, argumentando que el contrato merece la calificación de contrato de consumo, pero con el matiz de que los demandantes son consumidores pasivos que no pueden hacer uso del foro de la sucursal del artículo 7.5 RBI bis. En particular, la representación procesal de la parte demandada realiza una singular interpretación «finalista» del foro de la sucursal previsto en el artículo 7.5 RBI bis, dirigida a permitir que el consumidor litigue en el foro de su domicilio. La parte recurrente considera que el llamado foro de la sucursal, que permite demandar en España a empresas domiciliadas en el extranjero siempre que esas empresas tengan establecimientos localizados en España y que el litigio derive de las actividades de sus establecimientos, se fundamenta en la carga o riesgo de internacionalidad al empresario que lo provoca por desarrollar su actividad a través de un establecimiento permanente en un

---

relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (*DO,* C 189, de 28 de julio de 1990, apdo. 161): «En lo que se refiere a las acciones entabladas con respecto a otros contratos celebrados por los consumidores, la nueva sección 4 es inaplicables salvo rara excepción cuando el consumidor traslada su domicilio a otro Estado miembro tras la celebración del contrato. Efectivamente los actos necesarios para la celebración de dicho contrato casi nunca se realizarán en el nuevo Estado del domicilio».

[48] Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 9 de septiembre de 2021, as. C-296/20, *Commerzbank AG*, ECLI: EU: C:2021:733, apdo. 52.

mercado extranjero. Sin embargo, este riesgo se crea respecto de los consumidores de ese mercado extranjero, no respecto a los domiciliados en el mercado propio, es decir, en el del país en el que tiene su domicilio el establecimiento principal. La representación procesal de la parte demandada razona que, a estos efectos, una empresa es extranjera u opera en un mercado extranjero cuando su residencia es diferente de la del consumidor con el que contrata, pero no cuando su residencia es la misma, sea donde sea que hayan contratado. Concluye que esta interpretación de los artículos 17.1 y 18.1 RBI bis en el contexto de la protección al consumidor, que lleva a interpretarlos desde la óptica finalista de permitir que litigue en el foro de su domicilio, obliga a considerar que la excepción relativa a la aplicación del foro de la sucursal del artículo 7.5 RBI bis se refiere a los supuestos de consumidores pasivos (es decir, consumidores captados en el Estado miembro de domicilio por empresas extranjeras que tienen sucursales domiciliadas en el mismo país que el consumidor), pero no de consumidores activos (es decir, consumidores captados en un Estado miembro en el que no tienen domicilio por empresas domiciliadas en ese país). Interpretar los artículos 7.5, 17.1 y 18.1 RBI bis de otra manera, concluye la recurrente, es decir, desconectados de la finalidad de protección a que responden las normas, acaba produciendo el efecto nocivo de transformar un «foro electivo» en un «foro de conveniencia» (*forum shopping*), dando lugar a situaciones que, incluso desde una perspectiva de sentido común, si se tiene en cuenta la finalidad tuitiva de la norma, cuesta encajar. Resulta difícil entender cómo un consumidor puede resultar más protegido (en el sentido de litigar de una manera más cómoda o conveniente) en un foro que, si se tiene en cuenta la ubicación de su domicilio, es un foro extranjero que también es extranjero para el demandado.

Por su parte, la parte demandante recurrida en apelación solicitó en sus alegaciones que la sala no entrase a valorar la cuestión de la distinción entre consumidor activo y pasivo, al no haberse suscitado ni debatido en la instancia. De manera subsidiaria, argumentó que los actores debían ser tenidos como consumidores pasivos, en la medida en que, a través de un entramado de actividades empresariales, la sociedad matriz inglesa ejerce su actividad empresarial en el Reino Unido y en España. Los hechos expuestos en la sentencia evidencian que los consumidores británicos no celebraron fortuitamente el contrato; al contrario, fue el resultado de la actividad dirigida a los consumidores en un mercado extranjero. En efecto, la actividad precontractual preparatoria y previa acometida por la sucursal en España de la sociedad británica constituye un

claro indicio de vinculación del contrato a la actividad comercial dirigida por aquella al Estado miembro en que tienen su domicilio los consumidores. En particular, la presencia de una actividad precontractual preparatoria y previa acometida por la sucursal con consumidores nacionales y domiciliados en el mismo país de la sociedad matriz, la configuración de una clientela con consumidores residentes en dicho país, la utilización de una lengua o de una divisa distinta de lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que tiene un establecimiento permanente el vendedor, el pago del precio del contrato y las cuotas de mantenimiento se realizan en la moneda del país del vendedor y de los clientes, el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato en el país del vendedor, el pago del impuesto sobre el valor añadido de dicho país, son todos ellos indicios que prueban que los contratos litigiosos estaban comprendidos en el marco de la actividad económica de la parte demandada orientada a captar consumidores domiciliados en ese Estado miembro. En esta misma dirección se pronunció el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de mayo de 2021, en relación con un contrato de prestación de servicio de alojamiento vacacional, celebrado por dos consumidores españoles con domicilio en España con una sociedad dominicana, en el que intervino activamente en la negociación un representante de la sociedad matriz española. En aplicación de los artículos 17.1.c) y 18.1 RBI bis, la Audiencia Provincial de Barcelona consideró que, pese a celebrarse los contratos en la República Dominicana con una sociedad de dicho país, constaba en la documentación presentada en la demanda de forma indiciaria la existencia de un fuerte vínculo del contrato con la actividad comercial de la sociedad matriz española[49]. Las finalidades contractuales se enmarcaban de forma indiscutible dentro de la actividad de la sociedad matriz, apareciendo el logo y el membrete de la misma en la documentación facilitada, además del contenido de su página web y su destino, al menos en parte, al mercado español. Estos indicios permitieron considerar la orientación de la actividad de las sociedades demandadas hacia el país de domicilio de los consumidores y que el contrato se enmarcaba en el seno de dichas actividades empresariales.

Así las cosas, al cumplirse las tres condiciones analizadas, entrarán en juego las reglas especiales de competencia judicial previstas en los artículos 17 a 19 RBI bis, además de la posible aplicación del foro de la sucursal del artículo 7.5 RBI bis, en el caso de

[49] SAP de Barcelona (Sección 11.ª) núm. 145/2021 de 26 de mayo de 2021 (JUR\2021\237519), FJ 3.º.

que el contrato ha haya concluido a través de una sucursal, agencia o establecimiento de la empresa demandada. A este respecto, siguiendo lo señalado por el TJUE en el asunto *Reliantco Investments*[50], para que las reglas especiales de competencia establecidas en el artículo 18 RBI bis puedan aplicarse a una acción de un consumidor contra un profesional, es preciso que esas dos partes hayan celebrado un contrato y que la acción deba estar indisociablemente vinculada a ese contrato. En el contexto del RBI bis, es preciso indicar que la calificación de las acciones judiciales que dispone el consumidor frente al empresario no se efectúa de la misma manera cuando las partes están vinculadas por un contrato comprendido en la esfera de aplicación en la Sección 4 del Capítulo II del RBI bis, que cuando no lo están[51]. Las reglas de competencia contenidas en el artículo 18 RBI bis se reservan solamente a acciones indisociablemente vinculadas al contrato litigioso en cuestión, y todo ello con independencia de la naturaleza contractual o extracontractual de la acción en cuestión[52]. Al contrario del foro especial en materia contractual del artículo 7.1 RBI bis, que no condiciona su aplicación a la celebración de un contrato, ni tampoco a que la pretensión deba estar indisociablemente vinculada al contrato litigioso.

Con todo ello, como ya se ha adelantado, el sistema que diseña el artículo 18 RBI bis, en relación con los foros de protección, se formula en función de la posición procesal del consumidor. Si el consumidor es la parte demandante, podrá demandar a la parte contratante ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte (*forum rei*) o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor (*forum actoris*). Si el consumidor es el demandado, la otra parte contratante solo podrá

---

[50] STJUE (Sala Cuarta) de 2 de abril de 2020, as. C-500/18, *Reliantco Investments LTD*, ECLI: EU: C:2020:264, apdo. 64.

[51] Véase a este respecto las Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, presentadas el 10 de septiembre de 2020, as. C59/19, *Wikingerhof GmbH*, ECLI: EU: C:2020:688, apdo. 111.

[52] Véase Calvo Caravaca y Carrascosa González (2022), p. 3455; paredes pérez (2023), p. 144. Por consiguiente, quedan sometidas a las reglas de competencia de los artículos 17 a 19 RBI bis las acciones reparatorias del consumidor contratante basadas en la *culpa in contrahendo* de la otra parte contratante por el incumplimiento de los deberes legales de información precontractual previstas en el artículo 4 Directiva 2008/122/CE durante la fase de formación del contrato: «la citada acción debe considerarse vinculada indisociablemente al contrato celebrado entre el consumidor y el profesional, de modo que el capítulo II, sección 4, del Reglamento nº. 1215/2012 es aplicable a la misma», STJUE (Sala Cuarta) de 2 de abril de 2020, as. C-500/18, *Reliantco Investments LTD*, ECLI: EU: C:2020:264, apdo. 69. De acuerdo con el artículo 12.1 Reglamento núm. 864/2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (*DO* núm. L 199, 31 de julio de 2007), la ley aplicable al fondo de tales pretensiones sería la ley que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado, lo que conduciría a la aplicación del artículo 6 RRI.

demandarle ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor. En ambos casos, el tribunal ante el que se inicie el pleito podrá conocer de la reconvención que eventualmente pudiera formular la parte demandada. Asimismo, como se ha indicado, en el caso de que el contrato litigioso se hubiera celebrado a través de un establecimiento secundario de un comerciante domiciliado en un Estado miembro, el consumidor podrá demandar también ante los Tribunales del Estado miembro en que se halle dicho establecimiento (artículo 7.5 RBI bis). Por lo demás, se ha de tener en cuenta que, a diferencia de la sumisión tácita, que prevalece sobre los foros de protección, el artículo 25.4 RBI bis limita la eficacia de los acuerdos de atribución de competencia en los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 17 del RBI bis al cumplimiento de alguno de los tres supuestos previstos en el artículo 19 de dicho Reglamento, esto es, que el acuerdo sea posterior al nacimiento del litigio; que permita al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en el artículo 18; o que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos.

4.2 **Legitimación pasiva**

Como ya se ha indicado, las reglas especiales de competencia que figuran en el artículo 18.1 RBI bis permiten que, si el consumidor es la parte demandante, esta pueda elegir entre ejercitar la acción ante los tribunales del Estado miembro en que está domiciliada la parte contratante o ante aquellos del Estado miembro en el que esté domiciliado el consumidor. Estas reglas tienen como función garantizar una protección adecuada al consumidor, considerado la parte contratante económicamente más débil y jurídicamente menos experta que su cocontratante profesional, evitando que el consumidor se vea forzado a desistir de hacer valer sus derechos judicialmente por estar obligado a ejercitar su acción ante los tribunales del Estado en el que su cocontratante tiene su domicilio. Por esta razón, puesto que el artículo 18.1 RBI bis reconoce un *forum actoris* en favor del consumidor, apartándose de la regla del domicilio del demandado, las reglas especiales de protección contenidas en la Sección 4 del Capítulo II de dicho Reglamento tienen un

carácter o naturaleza personal o *intuitu personae*[53], por lo que el consumidor es el único sujeto que posee legitimación procesal activa para invocarlos[54]. Además, dicha regla también determina la competencia judicial territorial[55], de ahí la referencia directa al tribunal del lugar en que esté domiciliado el consumidor.

A los efectos de identificar si la parte demandada tiene legitimación pasiva, como sujeto de la relación existente entre las partes derivada del contrato que les une, resulta determinante el significado de la noción de «la otra parte contratante» que figura en el artículo 18 RBI bis. La cualidad de parte contratante plantea problemas en los contratos sobre derechos de aprovechamiento por turno, tanto por la complejidad de las estructuras societarias participantes en la venta de tales derechos, como por la diversidad de empresas intervinientes en este tipo de contratos. Esta complejidad se proyecta en la determinación de los sujetos obligados por el contrato litigioso, cuestión que, desde un punto de vista material, en DIPr se hace depender de la ley aplicable a la relación jurídico-material en causa[56]. Ahora bien, en la medida en que esta pueda ser una ley extranjera, que es objeto de prueba, y en el momento de la determinación de la legitimación pasiva aún no se está en fase probatoria, *in limine litis*, cuando ha de valorarse la legitimación[57], el órgano judicial deberá apoyarse en los elementos jurídicos indiciarios, tras un análisis detallado de la documentación, que permitan determinar si la intervención en el contrato de la persona contra la que se dirige la demanda, la legitima pasivamente[58]. Con todo, en el marco del RBI bis, esta operación plantea un problema de calificación que ha de resolverse de modo uniforme y por interpretación autónoma. En efecto, como se ha indicado, los conceptos utilizados en el RBI bis, como los que figuran en el artículo 18, deben interpretarse de forma autónoma para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros, y no por remisión al Derecho nacional del juez. Al contrario de numerosas decisiones de las audiencias provinciales que fundamentaron en la ley española, qua *lex fori*, la condición de parte demandada de algunas empresas (domiciliadas en España)

---

[53] STJUE de 19 de enero de 1993, as. C-89/91, *Shearson* ECLI: EU: C:1993:15, apdo. 24; STJUE (Sala Tercera) de 25 de enero de 2018, as. C-498/16, *Schrems*, ECLI: EU: C:2018:37, apdo. 49. En el plano doctrinal, véase Virgós Soriano y Garcimartín Alférez (2007), pp. 173-174.

[54] Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo (2024), p. 740. Lo que excluye las acciones colectivas de la esfera de aplicación de las reglas especiales de competencia de la Sección 4 Capítulo II, Mankowski (2023), pp. 441-442.

[55] STJUE (Sala Cuarta) de 29 de julio de 2024, as. C-774/22, *FTI Touristik GmbH*, ECLI: EU: C:2024:646, apdos. 41-43.

[56] Véase Virgós Soriano y Garcimartin Alférez (2007), p. 426.

[57] Véase espinar vicente y paredes pérez (2019), p. 281.

[58] Sabido Rodríguez (2022), p. 477.

que participaron en la gestión del contrato los consumidores (domiciliados en el Reino Unido), a título de mandatarias de las mercantiles a la que representaban (domiciliadas en el Reino Unido). Dichas decisiones basan la participación de las empresas intermediarias como partes demandadas en el proceso a través del artículo 23.5 Ley 4/2012, con arreglo al cual la expresión empresario del Título II de la ley no solo se refiere al propietario y promotor, sino también a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno[59]. La interpretación *ex lege fori* de la noción de «la otra parte contratante» que figura en el artículo 18 RBI bis, seguida por esta corriente de nuestra jurisprudencia, contrasta con la interpretación autónoma de dicha noción basada en la definición ofrecida por el TJUE, independiente de las calificaciones del Derecho nacional.

La ausencia de una definición del concepto de «otra parte contratante», utilizado en el artículo 18.1 RBI bis, no ha sido un problema difícilmente resoluble, como demuestra la jurisprudencia del TJUE. El tribunal europeo, partiendo de la estricta correlación de la identidad de las partes del litigio con las partes del contrato, considera que el concepto designa exclusivamente al profesional con que el consumidor ha celebrado el contrato litigioso. El TJUE ha declarado repetidamente que las reglas especiales de competencia del artículo 18 RBI bis se aplican únicamente a las acciones interpuestas por el consumidor contra la otra parte con la que haya celebrado dicho contrato. En el asunto *Club La Costa*[60], relativo a un litigio similar al del presente estudio (un contrato de aprovechamiento por turno celebrado que un consumidor inglés residente en el Reino Unido a través de la sucursal en España de la sociedad Club La Costa, con domicilio social en el Reino Unido), el juez remitente preguntó si la expresión de «la otra parte contratante», que se utiliza en el artículo 18.1 RBI bis, comprende exclusivamente a quien firmó el contrato, y no a personas jurídicas diferentes de las que efectivamente lo firmaron (la sucursal intervino en su calidad de empresa comercializadora). En la misma línea que su jurisprudencia anterior, el TJUE establece en este asunto el significado técnico del concepto de legitimación pasiva en la Sección 4 del Capítulo II del RBI bis, condicionado por los límites y la interpretación de la

---

[59] Véase, por ejemplo, AAP de Málaga (Sección 5.ª), núm. 478/2020, de 13 de octubre de 2020 (JUR\2021\128502), FJ 4.º; AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 547/2020, de 24 de noviembre de 2020 (JUR\2021\128343), FJ 4.º; AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 620/2020, de 30 de diciembre de 2020 (JUR\2021\199735), FJ 4.º; AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 17/2021, de 25 de enero de 2021 (JUR\2021\199131), FJ 4.º.

[60] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-821/21, *Club La Costa*, ECLI: EU: C:2023:672.

expresión y sentido de la noción de «otra parte contratante», considerando que debe entenderse referido únicamente a la persona, física o jurídica, parte en el contrato en cuestión, y no a otras personas, ajenas a tal contrato[61]. En particular, el TJUE puso de manifiesto que las circunstancias del asunto *Club La Costa* difieren de las del asunto en que recayó la sentencia *Maletic*[62], en la que interpreta el concepto de «otra parte contratante» en un litigio sobre un contrato de viaje combinado. En el asunto *Maletic,* el TJUE considera que dicha noción designa igualmente al cocontratante del operador con el que consumidor ha celebrado dicho contrato, siempre en circunstancias concretas en las que el consumidor está de antemano vinculado contractualmente a los dos contratantes, de modo indisociable por el mismo contrato. Sin embargo, el TJUE señaló que tal interpretación no puede aplicarse en las circunstancias del litigio principal que dio lugar al asunto *Club La Costa*, pues el contrato controvertido, cuya nulidad solicita el consumidor en el litigio principal, se celebró con una única sociedad (Club La Costa)[63], de modo que la noción «otra parte contratante» no puede hacerse extensiva a la sucursal en cuestión.

A la vista de lo anterior, además de las empresas que actúan a título de mandataria de la empresa vendedora, quedan fuera de la esfera de aplicación de las reglas especiales de competencia del artículo 18.1 RBI bis, en los litigios sobre contratos de aprovechamiento por turno, al no estar comprendidas en el concepto autónomo «otra parte contratante», las empresas con las que el consumidor haya celebrado un contrato accesorio distinto del contrato de aprovechamiento por turno litigioso (contratos de afiliación a un sistema de intercambio, contratos de reventa, etc.), y las empresas de servicios contratadas por el vendedor para la prestación de servicios relacionados con la gestión, la administración, la explotación y el mantenimiento del conjunto turístico. Ninguna de estas empresas es parte del contrato litigioso en cuestión, y ello a pesar de que se trate de empresas integrantes del mismo grupo societario. Precisamente, el pronunciamiento del TJUE en el asunto *Club La Costa* ha dado lugar a un cambio de criterio de la Audiencia Provincial de Málaga en las demandas de nulidad de los contratos de aprovechamiento por turno respecto a la legitimación pasiva, no solo de las empresas comercializadoras que intervienen en la conclusión del contrato realizando actividades de intermediación en la

[61] Véase AÑOVEROS TERRADAS (2024), p. 5.

[62] STJUE (Sala Octava) de 14 de noviembre de 2013, as. C-478/12, *Maletic*, ECLI: EU: C:2013:735.

[63] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-821/21, *Club La Costa*, ECLI: EU: C:2023:672, apdos. 54-55.

venta de este tipo de derechos[64], sino también de sucursales que aparentemente concluyen contratos por cuenta de la empresa principal extranjera[65]. Estas empresas quedan excluidas de la noción de la «otra parte contratante» utilizada en el artículo 18.1 RBI bis. Para ser más exactos, tomando como referencia la STJUE Club La Costa, las decisiones adoptadas por la nueva corriente jurisprudencial consideran que la sucursal en territorio español intervine en este tipo de relaciones como agente o intermediaria en la venta, no como parte contratante, sino actuando en representación por cuenta de la sociedad matriz británica vendedora de tales derechos, y, por tanto, no como parte en los contratos sobre derechos de aprovechamiento por turno suscritos en su nombre.

Al margen de las consideraciones que expondré más adelante al tratar el foro de la sucursal, donde no se debe descartar que se pueda aplicar a una simple oficina administrada por una persona independiente, pero con facultades para actuar permanentemente por cuenta de la empresa principal como lo haría una agencia, la interpretación efectuada por el TJUE, excluyendo de la noción «otra parte contratante» los supuestos en los que el contrato se celebra a través de una empresa intermediaria que ha contribuido activamente a la situación jurídica que desembocó la disputa, resulta bastante discutible. Esto impide, entre otras cosas, la aplicación del *forum actoris* del artículo 18.1 RBI bis a las acciones de condena solidaria contra la empresa vendedora y la empresa intermediaria con facultades para actuar permanentemente por cuenta de la empresa principal. Además, impide que el consumidor pueda someter al mismo tribunal todas las acciones que pueda presentar en el marco de la Directiva 2008/122/CE, especialmente cuando la propia Directiva no establece de manera específica el reparto de responsabilidades entre comerciantes e intermediarios. La empresa que actúa como intermediaria en nombre y por cuenta de la sociedad principal también es considerada un comerciante vinculado por las obligaciones establecidas en la Directiva 2008/122/CE, y, en consecuencia, una parte del contrato de aprovechamiento por

---

[64] Véase el Acuerdo de 29 de enero de 2024 adoptado por la Sala de Gobierno del TSJA en Acta de Plenillo núm. 1/2024, Expediente relativo a Plenillo de Magistrados de Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Málaga, celebrado el día 28 de noviembre de 2023, respecto de unificación criterios entre las distintas secciones de la Audiencia sobre las cuestiones relativas a la competencia de nuestros Tribunales y ley aplicable en los asuntos de Club La Costa y similares, en aplicación de la reciente sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2023 resolviendo la cuestión prejudicial planteada (disponible en https://abogaciademalaga.es/wp-content/uploads/2024/06/Unificacion-crit.-civiles.pdf).

[65] Véase en esta dirección la SAP de Málaga (Sección 6.ª), Sentencia núm. 1776/2023 de 13 de diciembre de 2023 (JUR\2024\73468), FJ 2.º; SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 6/2024 de 12 de enero de 2024 (JUR\2024\152038) FJ 4.º; SAP de Málaga (Sección 6.ª) núm. 419/2024 de 15 de marzo de 2024 (JUR\2024\232541), FJ 2.º.

turno contra la que el consumidor puede ejercitar una acción. De ello resulta que, como concepto jurídico, la expresión y sentido de la noción de «otra parte contratante», se puede y se debe extraer del Derecho europeo y de los objetivos del propio RBI bis. En efecto, a diferencias de otras materias, la contratación con consumidores es un ámbito ampliamente armonizado, lo suficiente para posibilitar la definición autónoma de un concepto de DIPr[66], recurriendo al concepto jurídico autónomo en el Derecho derivado europeo, una calificación *lege europae*, en lugar de convertir una cuestión de derecho en una mera cuestión de hecho[67], como viene haciendo el TJUE al identificar la «otra parte contratante» exclusivamente con la persona física o jurídica que firmó o suscribió el contrato con el consumidor. La propia evolución de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito del Derecho europeo derivado en materia de contratación con consumidores posibilita una interpretación extensiva del concepto «otra parte contratante» a las empresas intermediarias, y, por consiguiente, la aplicación de las reglas especiales de competencia previstas en el artículo 18.1 RBI bis a las acciones de condena solidaria de la empresa vendedora y la empresa intermediaria como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones previstas en la Directiva 2008/122/CE.

A este respecto, resultan decisivas las consideraciones e interpretaciones formuladas por la reciente jurisprudencia del TJUE, en el asunto *Tiketa*[68], en el marco de la Directiva 2011/83/UE[69] –y extrapolables, *mutatis mutandis*, a los litigios cubiertos por la Directiva 2008/122/CE–. En este asunto, el TJUE responde de forma positiva a la pregunta de si el intermediario, en este caso al que el consumidor le compró una entrada a un evento, puede ser considerado un comerciante vinculado con las obligaciones establecidas en la Directiva 2011/83/UE, y, en consecuencia, una parte del contrato de compraventa o del contrato de servicios contra la que el consumidor pueda presentar una reclamación o ejercitar una acción[70]. El TJUE llega a la conclusión de que, a los efectos de la Directiva 2011/83/UE, tiene la consideración de «comerciante» no solo la persona física o jurídica que actúe con un propósito relacionado con

[66] En este contexto, en relación con el diálogo interpretativo entre el Derecho material europeo del consumo y el DIPr de la Unión, véase HO-DAC (2022), pp. 47-62.

[67] En un sentido bastante crítico con este modo de proceder del TJUE, elevando las circunstancias fácticas al orden de los conceptos, véase Sánchez Lorenzo (2018), pp. 31-35.

[68] STJUE (Sala Cuarta) de 24 de febrero de 2022, as. C-536/20, *Tiketa*, ECLI: EU: C:2022:112.

[69] Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (*DO* núm. L 304, de 22 de noviembre de 2011).

[70] Véase Canales Gutiérrez (2022), pp. 424-428.

su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la citada Directiva, sino también la persona física o jurídica que actúe como intermediario, en nombre o por cuenta de dicho comerciante, pudiendo tanto ese intermediario como el comerciante principal ser considerados «comerciantes», en el sentido de la referida disposición, sin que sea necesario para ello determinar la existencia de una doble prestación de servicios[71]. En esta misma dirección la definición de comerciante de la Directiva 2008/122/CE, a los efectos de los contratos sobre derechos de aprovechamiento por turno, comprende también a toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica, negocios, oficio o profesión y cualquier persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante, sin establecer de manera específica el reparto de responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones que les incumben. De ello se desprende, en sintonía con la sentencia *Tiketa*, que ambos comerciantes se encuentran obligados al cumplimiento de las disposiciones de la Directiva 2008/122/CE como partes del contrato celebrado con el consumidor y contra las que el consumidor puede presentar o ejercitar una acción, careciendo de incidencia a estos efectos el hecho de que la persona física o jurídica, que actúa como intermediaria en nombre o por cuenta de otro comerciante, haya puesto en conocimiento del consumidor que actuaba en esa calidad. Ciertamente, en el litigio del asunto *Club La Costa*, como en el litigio del presente comentario, la sucursal en España de la sociedad británica (vendedora de los derechos objeto de los contratos de aprovechamiento por turno litigiosos) se encuentra vinculada por las obligaciones establecidas en la Directiva 2008/122/CE, como una parte de dichos contratos. De modo que el consumidor podría dirigirse contra cualquiera de ellas indistintamente solicitando la nulidad o la resolución del contrato. Asimismo, el incumplimiento de las obligaciones precontractuales de información facultaría al consumidor a dirigirse también contra la empresa intermediaria solicitando la resolución del contrato, o reclamando, en caso de pagos de anticipos durante el periodo de desistimiento, el duplo de las cantidades entregadas por dicho concepto.

Además, una interpretación sistemática de la noción de «otra parte contratante», como la propuesta, responde a los objetivos de la Sección 4 del Capítulo II del RBI bis. Estas disposiciones, como es sabido, deben recibir una interpretación estricta al ser una excepción al principio general del artículo 4.1 del RBI bis (domicilio del

[71] STJUE (Sala Cuarta) de 24 de febrero de 2022, as. C-536/20, *Tiketa*, ECLI: EU: C:2022:112, apdo. 36.

demandado en un Estado miembro) [72], y una *lex specialis* respecto al foro especial en materia contractual del artículo 7.1 RBI bis [73], no pudiendo dar lugar a una interpretación que vaya más allá de los supuestos contemplados expresamente en ellas. En este contexto, la interpretación sistemática del concepto de «otra parte contratante» utilizado en el artículo 18.1 RBI bis cumple la condición que establece el TJUE en la sentencia *Maletic*, en la medida en que, en estos casos, el consumidor está de antemano vinculado contractualmente, de modo indisociable, a esos dos cocontratantes por el mismo contrato, garantizando la estricta correlación de la identidad del litigio con las partes del contrato litigioso. La exigencia de la existencia de un contrato que vincule a las partes del litigio permite garantizar la previsibilidad de que la empresa intermediaria no solo pueda ser demandada ante los tribunales en que está domiciliada, donde lleva a cabo su actividad de intermediación, suscribe los contratos por cuenta de la empresa principal y se han de cumplir gran parte de las obligaciones derivadas de los mismos, sino también ante los tribunales del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor, asumiendo el riesgo de internacionalidad de celebrar un contrato con un consumidor pasivo en nombre o por cuenta de la empresa principal. Por otra parte, la interpretación sistemática de la noción de «de otra parte contratante» evita que las pretensiones derivadas del mismo contrato de aprovechamiento por turno celebrado por el consumidor puedan quedar sometidas a tribunales distintos. En efecto, en la medida en que el foro de conexidad del artículo 8.1 RBI bis no resulta de aplicación en los contratos con consumidores, la interpretación propuesta evita el riesgo de procedimientos paralelos, y, por lo tanto, de resoluciones irreconciliables, que el RBI bis tiene como objetivo general evitar, según se establece en su considerando 15 y como ha recordado el TJUE en particular en la sentencia *Maletic* [74]. La interpretación sistemática propuesta de noción de «otra parte contratante» prevista en el artículo 18.1 RBI bis se alinea con el objetivo de garantizar que el

[72] Conviene no olvidar que el régimen específico de competencia judicial internacional establecido por los artículos 17 a 19 RBI bis constituye también una excepción al criterio espacial del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4), habida cuenta de que dichos preceptos resultan también de aplicación frente a un profesional no domiciliado en un Estado miembro de la UE, cuando quien plantea la acción es el consumidor (arts. 6.2 y 18.1 RBI bis). Asimismo, se ha de reseñar que, en los supuestos en que pueda tener una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, el profesional domiciliado en un tercer Estado se considera para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado miembro (art. 17.2 RBI bis).

[73] Véase la STJUE (Sala Sexta) de 11 de julio de 2002, as. C96/00 *Gabriel*, ECLI: EU: C:2002:436, apdo. 36.

[74] STJUE de 14 de noviembre de 2013 (Sala Octava), as. C-478/12, *Maletic*, ECLI: EU: C:2013:735, apdo. 30.

consumidor pueda someter al mismo tribunal (en que se encuentra su domicilio) las pertinentes acciones de condena solidaria contra la empresa principal y la empresa intermediaria, en lugar de tener que ejercitar acciones paralelas en el Reino Unido y España mediante acciones conexas.

4.3 **El domicilio de la otra parte contratante**

Llegados a este punto, y considerando que la última corriente jurisprudencial no toma en cuenta, para la noción de «otra parte contratante» del consumidor, los casos en los que intervienen personas jurídicas que actúan en nombre y por cuenta de la sociedad vendedora, por entenderse –desacertadamente en mi opinión– que son ajenas al contrato, cabe indicar que las opciones del consumidor demandante en el marco de la Sección 4 del Capítulo II del RBI bis, pasan por ejercitar la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada la sociedad vendedora de los derechos de aprovechamiento por turno o ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor. Sin descartar, como se verá después, si el contrato litigioso se hubiera celebrado a través de una sucursal, el recurso al foro especial previsto en el artículo 7.5 RBI bis.

A diferencia del domicilio de las personas físicas, que según el artículo 62 RBI bis debe determinarse conforme a la *lex fori*, la determinación del domicilio de las sociedades y de las personas jurídicas se realiza según la noción autónoma prevista en las letras a) a c) del artículo 63.1 RBI bis. Esta disposición establece tres criterios para situar el domicilio de las sociedades y las personas jurídicas: el lugar en que se encuentra su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. Como ha declarado el TJUE en el asunto *Club La Costa*[75], la citada disposición no establece ninguna jerarquía entre esos tres criterios, de modo que el consumidor podrá elegir entre ellos para determinar el órgano jurisdiccional competente de conformidad con el artículo 18.1 RBI bis. En cuanto al concepto de sede estatutaria contemplado en el artículo 63.1.a) RBI bis, el apartado segundo de dicho precepto aporta precisiones relativas a este concepto. En el caso de Irlanda, Chipre y el Reino Unido, debe entenderse por «sede estatutaria» la *registered office* o, en su defecto, la *place of incorporation* (lugar de constitución), o, a falta de tal lugar, el

[75] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-821/21, *Club La Costa*, ECLI: EU: C:2023:672, apdos. 63 a 66.

lugar conforme a cuya legislación se haya efectuado la *formation* (creación) de la sociedad o persona jurídica. El TJUE ha declarado que el artículo 63.1 y 2 debe interpretarse en el sentido de que la determinación, con arreglo a esta disposición, del domicilio de la «otra parte contratante», en el sentido del artículo 18.1 de dicho Reglamento, no constituye una limitación de la elección que puede efectuar el consumidor en virtud del referido artículo 18.1 RBI bis. Además, las precisiones enunciadas en el artículo 63.2. RBI bis no deben considerarse meras presunciones de hecho susceptibles de ser desvirtuadas mediante en prueba en contrario[76].

Esta última precisión la realiza el TJUE en el asunto *Club La Costa*, en respuesta a una corriente jurisprudencial bastante extendida en nuestras audiencias provinciales, que afirmaba, de conformidad con el artículo 63 RBI bis, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de los procedimientos de nulidad sobre nulidad de contratos de aprovechamientos por turno en casos como el del presente estudio, en los que consumidores domiciliados en el Reino Unido contratan con empresas vinculadas al Reino Unido, por encontrarse el centro principal de actividad del cocontratante del consumidor en España. Esta corriente jurisprudencial sustentaba dicho criterio de conexión en la existencia de un grupo de empresas que desarrollan su actividad principal en España, y que están fuertemente vinculadas a la matriz del grupo (la otra parte contratante). Según esta corriente jurisprudencial, para determinar el domicilio de la otra parte contratante, debía tenerse en cuenta no tanto el domicilio social británico de la sociedad matriz, como el domicilio social del grupo societario, considerado como el domicilio real y efectivo de las sociedades que lo integran y participan en dicha actividad[77]. El lugar de domicilio debe determinarse partiendo de esa realidad, teniendo en cuenta el centro operativo y de actividad de las diversas personas jurídicas que se constituyen para desarrollar en España una actividad concreta dentro de las distintas áreas en que se desarrolla la actividad del grupo. De este modo, el artículo 63.2 RBI bis crea una suerte de presunción de que el domicilio real de la sociedad matriz radica en España, que corresponde a la sociedad destruir probando que su administración central y el centro de actividad principal no se encuentra en España, sino en el Reino Unido,

[76] *Idem*, apdo. 67.

[77] Véase en este sentido la SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 495/2022 de 26 de julio de 2022 (JUR\2022\351058), FJ 3.º, la SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 75/2023 de 6 de febrero de 2023 (JUR\2023\282716), FJ 2.º, y la SAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 627/2023 de 24 de octubre de 2023 (JUR\2024\77877), FJ 4.º.

donde tiene su domicilio social registrado o sede estatutaria[78]. Numerosos autos se pronunciaron en esta dirección, declarando la competencia judicial internacional de los tribunales españoles sobre la base de esa presunción: «Presentándose, por tanto, con la demanda indicios de actividad relevante en territorio español, lo cierto es que, conforme al principio de facilidad y disponibilidad probatoria que se establece en el artículo 217 de la LEC, a la demandada no le hubiera supuesto dificultad alguna acreditar que, al margen de que el domicilio social registrado o sede estatutaria de su matriz se halle formalmente en Londres, en el domicilio en España, como se dice, no radica efectivamente su administración central y el centro de actividad principal, destruyendo así la presunción de hecho que resulta de la existencia de ese grupo de empresas cuya su actividad, domicilio y administración se encuentra fuertemente vinculada a la que, según incluso la propia documentación publicitaria que presenta la parte demandada, sería matriz del grupo, lo que impide, incluso, comprobar si sus administradores difieren de los que lo son del resto de la sociedades referidas»[79].

Como bien ha señalado el TJUE en el asunto *Club La Costa*, esta manera de determinar el domicilio de la contraparte demandada responde a una incorrecta interpretación, tanto en lo relativo a la consideración específica y autónoma que del concepto domicilio de la persona jurídica se establece en el artículo 63 RBI bis, como desde la perspectiva de las opciones que dispone el consumidor para determinar el órgano jurisdiccional competente de conformidad con el artículo 18.1 RBI bis. En relación con lo segundo, y más concretamente, respecto a la incidencia del hecho de que la «otra parte contratante» pertenezca a un grupo de sociedades en la existencia de una competencia judicial según las disposiciones de la Sección 4 del Capítulo II del RBI bis, el TJUE ha dejado claro que el artículo 18.1 RBI bis no abre un foro especial basado en la pertenencia a un grupo societario[80]. A este respecto, señala que, a excepción del artículo 17.2 de dicho Reglamento, que establece un criterio de conexión alternativo cuando el cocontratante del consumidor

---

[78] Véase Sabido Rodríguez (2022), p. 481.

[79] AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 465/2020 de 30 de septiembre de 2020 (JUR\2021\29637), FJ 4.º Véase también en la misma dirección Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), Auto núm. 478/2020 de 13 de octubre de 2020 (JUR\2021\128502), FJ 4.º; AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 547/2020 de 24 de noviembre de 2020 (JUR\2021\128343), FJ 4.º; AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 620/2020 de 30 de diciembre de 2020 (JUR\2021\199735), FJ 4.º; AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 17/2021 de 25 de enero de 2021 (JUR\2021\199131), FJ 4.º; AAP de Málaga, (Sección 5.ª) núm. 119/2021 de 22 de marzo de 2021 (JUR\2021\199601), FJ 5.º.

[80] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-821/21, *Club La Costa*, ECLI: EU: C:2023:672, apdos. 56 y 57.

no está domiciliado en un Estado miembro pero posee una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, los artículos 17 a 19 RBI bis no contienen ningún elemento que permita considerar la existencia de un criterio de conexión basado en la pertenencia a un grupo de sociedades. Una interpretación de tales disposiciones que permitiera tener en cuenta la pertenencia del cocontratante a un grupo de sociedades, autorizando al consumidor a ejercitar una acción ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté domiciliada cada sociedad perteneciente a ese grupo, sería manifiestamente contraria a los objetivos de previsibilidad de las reglas de competencia previstas por el RBI bis y sería, por tanto, incompatible con el principio de seguridad jurídica.

Por otra parte, en la medida en que el artículo 63 RBI bis proporciona una definición autónoma del lugar del domicilio de las sociedades y de las personas jurídicas, en el asunto Club La Costa, el TJUE también rechaza que las precisiones enunciadas en el artículo 63.2 RBI bis, en lo que respecta a la *registered office*, la *place of incorporation* o la *formation* en el Reino Unido, constituyan meras presunciones de hecho susceptibles de ser desvirtuadas mediante prueba en contrario. El artículo 63 RBI bis no establece ninguna jerarquía entre esos tres criterios, de modo que el consumidor podrá elegir entre ellos el órgano jurisdiccional competente de conformidad con el artículo 18.1 RBI bis[81]. En razón del objetivo perseguido por las reglas especiales de competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por los consumidores, consistente en garantizar una protección adecuada al consumidor en cuanto parte del contrato que se considera económicamente más débil y jurídicamente menos experta, el TJUE niega que la determinación del lugar del domicilio de las sociedades y de las personas jurídicas en virtud del artículo 63 RBI bis constituya una limitación de los dos foros competentes ofrecidos al consumidor con arreglo al artículo 18.1 del mismo Reglamento. Por consiguiente, atendiendo a los criterios para fijar el domicilio de las sociedades, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles quedará condicionada a la prueba, por parte del consumidor, de que la administración central o centro de actividad principal de la sociedad vendedora británica radica en España. Máxime cuando, respecto de las sociedades y personas jurídicas, existe la presunción de que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social[82].

[81] *Ibid*., apdos 63 a 66.

[82] La noción de centro de actividad principal es también una noción autónoma que en el contexto del DIPr europeo se refiere al lugar en el que la sociedad lleva a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses, y no al lugar

4.4 **El foro de la sucursal**

Con todo lo anterior, junto a la libertad del consumidor de elegir entre los tres criterios del lugar de domicilio de la sociedad demandada (art. 63 RBI bis) para determinar los tribunales competentes, se debe añadir también, a tenor de la remisión del artículo 17.1 RBI bis (cuando el domicilio de la contraparte demandada se encuentre en la Unión), la posibilidad de invocar la aplicación del foro de la sucursal del artículo 7.5 RBI bis. Esta posibilidad está condicionada al cumplimiento de las condiciones de aplicabilidad previstas en dicho precepto; esto es, el contrato litigioso debe derivar de las actividades de un establecimiento permanente y estar bajo la dirección y el control de la sociedad principal demandada[83]. Conviene insistir en este derecho del consumidor, pese a los argumentos de la parte demandada en contra de la aplicación del artículo 7.5 RBI bis apelando a su desconexión con la propia finalidad de protección del régimen especial de la Sección 4 del Capítulo II del RBI bis y al riesgo de provocar el *forum shopping*: «Considera la recurrente que interpretar los artículos 7.5, 17.1 y 18.1 del Reglamento Bruselas I de otra manera, es decir, desconectados de la finalidad de protección a que responden las normas, acaba produciendo el efecto nocivo de transformar un "foro electivo" en un "foro de conveniencia" (*forum shopping*), dando lugar a situaciones que, incluso desde una perspectiva de sentido común, si se tiene en cuenta la finalidad tuitiva de la norma, cuesta encajar, porque se hace difícil entender cómo un consumidor puede resultar más protegido (en el sentido de litigar de una manera más cómoda o conveniente) en un foro que, si se tiene en cuenta la ubicación de su domicilio, es un foro extranjero que también es extranjero para el demandado» (FJ 2.º). Esta interpretación, sin embargo, resulta poco convincente, pues el foro de la sucursal es una opción más de las que tiene a su disposición el consumidor demandante (junto con los foros del art. 18.1 RBI bis), que conduce a un *forum shopping* no problemático dado que no da lugar a ningún abuso.

A la vista de lo antes expuesto, las resoluciones adoptadas por la Audiencia Provincial de Málaga, tras la sentencia del TJUE en el asunto *Club La Costa*, evidencian un cambio en la interpretación de la expresión y sentido de la «otra parte contractual» en

---

donde principalmente dirige su actividad comercial. En este contexto, a la luz del párrafo segundo del artículo 3.1 Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (*DO* núm. L 141, 5 de junio de 2015), respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.

[83] Sabido Rodríguez (2022), p. 482.

relación con supuestos similares al del presente trabajo. Estas resoluciones excluyen la competencia judicial internacional de los tribunales españoles cuando los consumidores tienen su domicilio en el Reino Unido y la sociedad vendedora también, al radicar allí su domicilio social y real. Esto no solo se aplica cuando el contrato se celebra con la intermediación de personas jurídicas domiciliadas en España que eventualmente actúan en nombre o representación de aquélla, sino también, y esto es lo más sorprendente, cuando el contrato se celebra con la participación de la sucursal en España de esa sociedad inglesa. En particular, esta nueva línea jurisprudencial rechaza la aplicación del foro de la sucursal del artículo 7.5 RBI bis, al cual remite el propio artículo 17.1 RBI bis, al considerar que la sucursal aparece en el contrato como meros agente o intermediario en las ventas, y no como parte contratante. Esto niega la posibilidad de que el domicilio de estos establecimientos sirva de referencia para atraer la competencia judicial hacia los tribunales españoles. Cabe destacar, a este respecto, que, en el asunto *Club La Costa*, el TJUE no valoró la interpretación del foro de la sucursal del artículo 7.5 RBI bis, simplemente porque no se le preguntó. El órgano jurisdiccional remitente planteó las cuestiones prejudiciales primera y segunda partiendo de la intervención de la sucursal como empresa intermediaria, no como parte en el contrato en cuestión. Como consecuencia, el TJUE no tuvo que interpretar si se trataba de un litigio relativo a la explotación de la sucursal, en el sentido del artículo 7.5 RBI bis. Se limitó a declarar que solo el artículo 17.2 RBI bis establece un criterio de conexión alternativo cuando el cocontratante del consumidor no está domiciliado en un Estado miembro[84], pero posee una sucursal, agencia o cualquier establecimiento en un Estado miembro. Además, los artículos 17 a 19 del mencionado Reglamento no contienen ningún elemento que permita considerar la existencia de un criterio de conexión basado en la pertenencia a un grupo de sociedades. Por lo tanto, la presencia de un establecimiento, agencia o sucursal no debe bastar por sí misma para atribuir competencia judicial internacional a los tribunales donde se halle sito[85]. Para invocar el foro de la sucursal previsto en el artículo 7.5 RBI bis es

[84] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-821/21, *Club La Costa*, ECLI: EU: C:2023:672, apdo. 56.

[85] Error en el que incurre la SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 495/2022 de 26 de julio de 2022 (JUR\2022\351058), FJ 2.º; la SAP de Málaga (Sección 6.ª) núm. 444/2023 de 3 de abril de 2023 (JUR\2023\375667), FJ 3.º, y la SAP de Málaga, Sección 4.ª), núm. 448/2023 de 26 de junio de 2023 (JUR\2023\363431), FJ 2.º, la SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 452/2023 de 29 de junio de 2023 (JUR\2023\363508), FJ 2.º, coligiendo el domicilio en España de la parte demandada (empresa principal) por el domicilio de la sucursal en España.

preciso que se trate de un litigio relativo a su explotación, con arreglo a los criterios establecidos por el TJUE, que se analizarán a continuación.

En cualquier caso, es tan cuestionable considerar la pertenencia de la sucursal a un grupo de empresas para crear una presunción de que el domicilio real de la sociedad matriz radica en España, como desdeñar el foro de la sucursal previsto en el artículo 7.5 RBI bis cuando el contrato se celebra con un establecimiento abierto con carácter permanente en territorio español, y con ello también la razón de ser de tal foro, especialmente desde la perspectiva de la empresa demandada. En efecto, el foro de la sucursal se fundamenta en la carga o riesgo de internacionalidad que asume el empresario al desarrollar una actividad a través de un establecimiento permanente en un mercado extranjero. Es él quien, al establecerse en un mercado extranjero, genera los riesgos de poder ser demandado en ese lugar. El establecimiento de la sociedad británica en el territorio español a través de una sucursal muestra su voluntad de llevar a cabo una actividad continuada en España, beneficiándose de este mercado y proyectándolo como un espejo a otros mercados (incluido el suyo), luego es natural que deba responder ante los tribunales españoles por lo que hace de dicha actividad. Por estos motivos, en los supuestos litigiosos como el del presente estudio, lo deseable es que el consumidor pueda invocar el foro de la sucursal previsto en el artículo 7.5 RBI bis[86], siempre que se cumplan las condiciones de aplicabilidad.

Esta última consideración viene a cuenta de lo declarado en las decisiones adoptadas por la Audiencia Provincial de Málaga tras el asunto *Club La Costa*[87]. Dichas decisiones resuelven con acierto que la pertinencia de la sucursal a un grupo de sociedades participadas no autoriza al consumidor a ejercitar su acción de forma alternativa ante los tribunales españoles a través del foro de la sucursal previsto en el artículo 7.5 RBI bis. Sin embargo, despachan de forma apremiante la aplicación de lo dispuesto en la citada disposición, declarando que el foro de la sucursal no opera como criterio de atribución de competencia al no estarse en presencia de litigios cuyo objeto esté directa y exclusivamente relacionado con la explotación de dicha sucursal. En particular, la Audiencia Provincial de Málaga asigna a la sucursal el papel de mera intermediaria en el

---

[86] A este respecto, se debe reseñar que el foro de la sucursal solo puede ser invocado por el consumidor como actor, no puede ser invocado por la empresa principal del establecimiento en los litigios en los que interviene como demandante.

[87] Véase en esta dirección la SAP de Málaga (Sección 6.ª), Sentencia núm. 1776/2023 de 13 de diciembre de 2023 (JUR\2024\73468), FJ 2.º; SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 6/2024 de 12 de enero de 2024 (JUR\2024\152038) FJ 4.º; SAP de Málaga (Sección 6.ª) núm. 419/2024 de 15 de marzo de 2024 (JUR\2024\232541), FJ 2.º.

contrato a la vista de los documentos contractuales porque el nombre de la sucursal aparece como «Sales Company» y no como «Vendor». Esta posición frente a las sucursales contrasta con la que había venido manteniendo la Audiencia Provincial de Málaga con anterioridad al asunto *Club La Costa*, a través de un elevado número de resoluciones que aceptaban la competencia internacional de los tribunales españoles, siguiendo las pautas interpretativas del TJUE en relación con los dos criterios que permiten la aplicabilidad del artículo 7.5 RBI bis[88]. Por un lado, los conceptos de «sucursal», «agencia» y «cualquier otro establecimiento» en el sentido de esta disposición presuponen la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz. Ese centro debe estar dotado de una dirección y de un equipamiento material de manera que pueda negociar con terceros y estos no tengan que dirigirse directamente a la casa matriz. Por otro lado, el litigio debe referirse o bien a

[88] En esta dirección, por ejemplo, la SAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 627/2023 de 24 de octubre de 2023 (JUR\2024\77877), FJ 7.º: «(…) el domicilio de la sucursal o establecimiento permanente, reconocido en el artículo 7.5 del Reglamento (…) requiere para su aplicación la concurrencia de dos circunstancias, "qué se entiende por sucursal o cualquier otro procedimiento" y delimitar qué se entiende por litigios relativos a la explotación de los mismos. El TJUE ya despejó ambas cuestiones en la sentencia 33/78 Caso Sofamer. En cuanto a la primera cuestión el considerando 12.º establece "(…) el concepto de sucursal, agencia o establecimiento, supone un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una empresa principal, dotado de una dirección y materialmente equipado para poder realizar negocios con terceros, de tal modo que estos, aun sabiendo que eventualmente se establecerá un vínculo jurídico con la empresa principal, cuyo domicilio social se halla en el extranjero, quedan dispensados de dirigirse a ella directamente y pueden realizar negocios en el centro operativo que constituye su prolongación; y por tanto Club La Costa UK PLC Sucursal en España cumple la definición de Sucursal contemplada en el Reglamento Bruselas I bis. Se ha de tratar además de litigios que tengan que ver con la explotación de dicho establecimiento y comprende tanto los litigios derivados de la gestión propiamente dicha del establecimiento como los relativos a obligaciones contraídas por dicho establecimiento en nombre del principal. (…) La sociedad Club Costa UK PLC Sucursal en España, actúa en el contrato como una sucursal de la mercantil Club Costa, con domicilio en España, tal y como se ha acreditado en razonamientos anteriores y por tanto con independencia de la aplicación del foro establecido en el artículo 18 Reglamento Bruselas I bis, se puede fundar la competencia de los Tribunales Españoles en el foro alternativo previsto en el artículo 7.5 Reglamento Bruselas I bis. Los actores pueden accionar ante cualquier de los dos foros, y no que no hay duda es que la entidad demandada es una sucursal sita en España, y ha participado en la fase de formación y ejecución del contrato, resultando irrelevante que los pagos hayan de enviarse al departamento de cuentas en Londres o que los certificados hayan sido emitidos por CLC resort Developments Limited con domicilio en Londres, ni que el documento informativo se afirme que la Sociedad está promocionando y vendiendo los derechos Fraccionados actuando en calidad de poderdante por parte del fundador con domicilio en la Isla de Man, cuando aparecen en los contratos actuando con carácter directo, y resulta evidente la vinculación con territorio español, donde Club la Costa (UK) PLC, tiene sucursal, siendo además el lugar donde radica el bien sobre el que versa de forma principal los derechos de adquisición y disfrute objeto del mismo, y donde han de cumplirse obligaciones que en relación con su ocupación dimanan del mismo". (…) De lo que hemos de concluir la competencia de los Tribunales Españoles para el conocimiento de la demanda que hoy nos ocupa». En la misma dirección la SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 505/2021 de 15 de septiembre de 2021 (JUR\2022\47038), FJ 2.º.

actos relativos a la explotación de una sucursal, o bien a obligaciones contraídas por esta en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentre dicha sucursal[89].

El entramado de actividades de la empresa extranjera matriz explica en muchos de los casos la opacidad en torno a la intervención de los establecimientos en la conclusión de los contratos[90], como intermediarios o como vendedores directos. En algunos casos aparecen como establecimientos dependientes de la sociedad matriz, en otros como establecimientos de empresas con personalidad jurídica propia pero que tienen poder para actuar en nombre de la sociedad extranjera, e incluso no faltan casos en los que las empresas cambian de objeto social pasando su actividad principal de ser la intermediación a la vendedora directa de los productos vacacionales. Dicho entramado societario obliga a mirar con lupa el papel de la participación de los establecimientos y permitir el foro de la sucursal cuando se haya creado una falsa apariencia[91]. En efecto, en litigios similares al del presente comentario, como el que dio origen a la sentencia del TJUE en el asunto *Club La Costa*, el principio de separabilidad de las sociedades puede venir corregido por el principio de apariencia en los casos en que una empresa filial se presenta como una sucursal en el tráfico y con respecto a terceros en sus relaciones. No en vano, el TJUE ha aceptado la aplicación del artículo 7.5 RBI bis a una empresa ubicada en un Estado miembro que, «sin explotar una sucursal, agencia o establecimiento carente de autonomía en otro Estado, ejerce [en este] sus actividades a través de una sociedad independiente, que lleve el mismo nombre y tenga la misma dirección, que actúe y celebre negocios en su nombre y de la que se sirve como si fuera su prolongación»[92]. La independencia y la no exclusividad son factores que no deben conllevar la inaplicación del artículo 7.5 RBI

[89] STJUE (Sala Tercera) de 20 de mayo de 2021, C-913/19, *CNP*, ECLI: EU: C:2021:399 apdo. 52.

[90] A este respecto, señalan acertadamente Ybarra Bores y Rodríguez Benot (2020), pp. 7-8, «debe tenerse presente, como cuestión previa y clave que sobrevolará nuestro estudio, la extraordinaria dificultad que en estos casos suele existir en la identificación de la demandada por el entramado societario de la misma. Se trata de un dato con frecuencia deliberado por parte de las contratantes fuertes en este tipo de relación con idea de dificultar la exigencia de responsabilidad por sus incumplimientos en el marco de lo que la propia Fiscalía de la AP de Málaga denomina "tácticas de deslocalización"; y que, en clarividentes palabras de la AP de Málaga, sección sexta, en su sentencia 276/2016, de 25 de abril de 2016, tiene su reflejo en el plano procesal pues exige "a la parte demandante una prueba diabólica sobre la interconexión entre ambas codemandadas y su identidad frente al demandante"».

[91] Garcimartín Alférez (2023), pp. 101-102, Añoveros Terradas (2024), p. 7.

[92] STJUE (Sala Sexta) de 9 de diciembre de 1987, as. C-218/86, *SAR Schotte*, ECLI: EU: C:1987:536, apdo. 17.

bis[93], cuando otros elementos combinados, como el haber tomado parte activa en la actividad que origina la demanda del tercero, permiten no descartar la calificación del representante como agencia o establecimiento en el sentido de la citada disposición, protegiendo así la confianza que esa apariencia genera en terceros.

En este contexto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 28 de julio de 2017[94], admitió implícitamente el principio de apariencia para declarar la participación profesional de la empresa demandada como vendedora, y no mera intermediaria en la comercialización y la transmisión de los derechos, aunque como firmantes de los contratos apareciese otra empresa como vendedora. En esta misma dirección, el TS ha planteado recientemente una petición de decisión prejudicial al TJUE, en relación con la aplicación del artículo 7.5 RBI bis en el marco de un litigio en el que un consumidor de nacionalidad inglesa y domiciliado en Inglaterra interpone una demanda de nulidad de seis contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turísticos contra la sociedad inglesa absorbente de las compañías con las que el acto suscribió los contratos, cuando ninguno de dichos contratos se suscribió con la sucursal en España de la sociedad matriz inglesa, porque no existía al momento de su celebración, y que actúa en el proceso representada por dicha sucursal. El TS pregunta si «puede considerarse como un litigio relativo a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, en el sentido de dicho precepto y su interpretación por la STJUE de 20 de mayo de 2021 (C-913/19)»[95]. En mi opinión, la respuesta debería ser afirmativa, en la medida en que el TJUE atribuye una importancia especial a la apariencia que, con su comportamiento, crean la sociedad matriz y la sucursal que lleva el mismo nombre, actuando y celebrando negocios en su nombre y de la que se sirve como si fuera su prolongación. Si bien, se ha de indicar que una calificación autónoma de la noción de la «otra parte contratante» utilizado en el artículo 18.1 RBI bis, como se ha sugerido antes, adaptada al estado actual de la jurisprudencia del TJUE en el marco del Derecho derivado europeo, evitaría todos estos problemas sin necesidad de tener que acudir al principio de apariencia, permitiendo que el tribunal pueda pronunciarse con facilidad sobre su competencia, sin verse obligado a realizar un examen sobre el fondo del asunto, tal como

---

[93] Véase en esta misma las Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 14 de enero de 2021, as. C913/19, *CNP*, ECLI: EU: C:2021:19, apdos. 62-68.

[94] SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) núm. 359/2017, de 28 de julio de 2017 (JUR\2018\55796), FJ 3.º.

[95] ATS (Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno) de 20 de noviembre de 2024 (JUR\2024\443238).

sucede también cuando se invoca la aplicación al caso de la figura jurídica del levantamiento del velo jurídico con el objetivo de destapar todo el entramado de mercantiles participantes y extender a las mismas la responsabilidad derivada de la nulidad del contrato.

4.5 **Limitaciones a los acuerdos de atribución de competencia**

Los contratos sobre aprovechamiento por turno, como el del caso que nos ocupa, suelen contener cláusulas de sumisión a tribunales (en este caso, a los tribunales británicos). Poniendo el foco de atención en los litigios planteados ante los tribunales españoles, se ha de subrayar que la mayoría de los pactos de sumisión presentan un carácter no exclusivo, tal como sucede en el presente caso («nosotros acordamos hallarnos sujetos a la no exclusiva jurisdicción de los tribunales ingleses»). Este dato resulta especialmente relevante, como se verá, ya que el RBI bis impone límites al juego de las cláusulas de elección de foro a los contratos de consumo comprendidos en el ámbito de aplicación de la Sección 4 del Capítulo II, con el objetivo de evitar que mediante las cláusulas de elección de foro la parte débil se vea privada de los foros de protección previstos en el artículo 18 RBI bis[96]. No en vano, la respuesta del legislador europeo en el artículo 25.4 RBI bis ante ese posible riesgo es bastante clara, al establecer que no surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia contrarios a lo dispuesto en el artículo 19 RBI bis[97]. No obstante, el legislador europeo permite pactar acuerdos atributivos de competencia en los tres casos indicados en el artículo 19 RBI bis[98], a saber: cuando sean posteriores al nacimiento del litigio; cuando permitan al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en el artículo 18.1 y el artículo 7.5 RBI bis; o cuando habiéndose

[96] Garcimartín Alférez (2023), p. 192.

[97] STJUE (Sala Primera) de 27 de febrero de 2025, as. C-537/23, *Società Italiana Lastre*, ECLI: EU: C:2025:120, apdo. 48: «con arreglo al artículo 25, apartado 4, del Reglamento Bruselas I bis, no surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia, en particular, si no cumplen los requisitos de validez establecidos en los artículos 15, 19 o 23 de ese Reglamento. Pues bien, de estos últimos artículos resulta que es válido el acuerdo atributivo de competencia que permite a la parte más vulnerable de un contrato de seguro, de un contrato celebrado por un consumidor o de un contrato de trabajo acudir a órganos jurisdiccionales distintos de los que, en principio, son competentes en virtud de las disposiciones de las secciones 3 a 5 del capítulo II de dicho Reglamento, a las que pertenecen respectivamente dichos artículos. En cambio, en virtud del citado artículo 25, apartado 4, tal acuerdo es nulo cuando establece una excepción a las normas de determinación de la competencia judicial en favor del asegurador, del cocontratante del consumidor o del empresario».

[98] Véase Sabido Rodríguez (2022), p. 483.

celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos. El artículo 25.4 RBI bis reconoce eficacia procesal (prorrogatoria y derogatoria) a las cláusulas de elección pactadas en cualquiera de esas tres situaciones, siempre que se cumplan las condiciones formales y sustantivas en los términos exigidos por la citada disposición[99].

En lo que respecta al objeto del presente trabajo, interesan el segundo supuesto y el tercero, en la medida en que el primero define la situación en que el pacto de elección es la más clara expresión de la autonomía de la voluntad, en el que nada se impone al consumidor, al contrario de lo que sucede en el momento de la celebración del contrato (antes del surgimiento de las desavenencias entre las partes), cuando la elección de tribunal figura en las condiciones generales del contrato. Por el contrario, los otros dos supuestos contemplan situaciones en las que el pacto de elección puede desplegar eficacia antes del nacimiento de las desavenencias. En este contexto, el segundo se refiere al supuesto de que el pacto de elección amplía las opciones jurisdiccionales previstas en los artículos 18 RBI bis y 7.5 RBI bis, permitiendo al consumidor formular demandas ante tribunales de Estados miembros distintos de los de su domicilio, del domicilio de la otra parte contratante, o del lugar donde se encuentra la sucursal con la que contrató. De lo que se desprende que un pacto de elección de tribunal en estas circunstancias no despliegue eficacia en ninguno de los siguientes tres casos. En primer lugar, cuando el consumidor demanda a la otra parte

[99] Véase Arenas García (2008), pp. 48-53; Feliu Álvarez De Sotomayor (2015), pp. 5-7 y pp. 21-22. Junto al requisito de forma escrita, que prueba que la elección del tribunal es el resultado de un acuerdo entre las partes, lo que exige cuando aparece inserta entre las condiciones generales la firma del acuerdo por las dos partes, bien en un documento destinado exclusivamente a hacer constar la elección de foro, bien en un documento junto con las demás cláusulas predispuestas del contrato y requisitos sustantivos, deberá cumplirse también las exigencias sustantivas exigidas a la luz de los criterios autónomos que se desprenden del artículo 25 RBI bis, en relación con los elementos objetivos sobre los que las partes se han puesto de acuerdo para designar al tribunal o tribunales a los que desean someter el litigio. La cláusula de elección de tribunal también quedará sometido a los requisitos de validez material en función de las causas generales de nulidad de un contrato, que, a diferencia de los requisitos de validez propios de los acuerdos de atribución de competencia, no se rigen por los artículos 25 y 19 RBI bis, sino por el Derecho declarado aplicable por las normas de conflicto del Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales hayan sido designados. Véase a este respecto la STJUE (Sala Primera) de 27 de febrero de 2025, as. C-537/23, *Società Italiana Lastre*, ECLI: EU: C:2025:120, y, de especial interés para litigios con consumidores activos, la STJUE (Sala Primera) de 18 de noviembre de 2020, as. C-519/19, *DelayFix*, ECLI: EU: C:2020:933, declarando abusiva una cláusula predispuesta que confiere competencia exclusiva al órgano jurisdiccional en cuyo territorio está situado el domicilio de la parte profesional.

contratante ante alguno de los tribunales previstos en los artículos 18.1 y 7.5 RBI bis y ésta pretende derogar la competencia con base en el pacto de sumisión. En segundo lugar, cuando el empresario invoca la sumisión como demandante y el consumidor no acepta tal competencia. En tercer lugar, cuando la invoca el propio consumidor en calidad de demandado.

En el litigio del presente estudio, el juez de primera instancia basó la competencia judicial internacional en el foro de la sucursal (art. 7.5 RBI bis), denegando la eficacia procesal de la cláusula de sumisión expresa a los tribunales británicos, pues no añade ningún orden jurisdiccional de otro Estado miembro distinto de los británicos y los españoles. Además, incluso de haber rechazado el juego del foro de la sucursal (art. 7.5 RBI bis), y con ello, la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, el pacto (con carácter exclusivo o no) de elección de los tribunales británicos tampoco debería desplegar su eficacia prorrogatoria, ya que pondría en peligro la opción del consumidor de elegir entre el *forum actoris* y el *forum rei*, *ex* artículo 18.1 RBI bis. Esta última consideración contrasta con las decisiones adoptadas por la nueva línea jurisprudencial surgida con el cambio de criterio de la Audiencia Provincial de Málaga, el asunto *Club La Costa*, que vienen declarando que la cláusula de sumisión expresa no limita la facultad de elección del consumidor conforme a lo dispuesto en el artículo 18.1 RBI bis. Dicha facultad queda garantizada al no excluir el fuero de su domicilio (Inglaterra), facilitando sus posibilidades de defensa. Se trata de un razonamiento no convincente, pues olvida que el foro de la sumisión expresa previsto en el artículo 25 RBI bis solo fija la competencia judicial internacional, no la competencia judicial territorial[100], lo que pondría en peligro la opción del consumidor de elegir entre los tribunales en que está domiciliado y los tribunales en que está domiciliada la parte contratante, conforme al artículo 18.1 RBI bis. El pacto de elección de los tribunales ingleses se remite implícitamente al sistema de normas de competencia territorial (por razón de la cuantía de la demanda y de la materia) vigentes en dicho Estado, con el fin de poder determinar exactamente el juez inglés con competencia jurisdiccional territorial ante el cual debe entablarse la acción, sin garantías de que éste sea el del lugar en que el consumidor se encuentra domiciliado.

El tercer supuesto previsto en el artículo 19.3 RBI bis resulta de especial interés para el presente estudio, en la medida en que permite la eficacia de los acuerdos atributivos de competencia cuando

[100] STJUE (Sala Segunda) de 7 de julio de 2016, as. C-222/15, *Hőszig Kft*, ECLI: EU: C:2016:525, apdo. 48.

los tribunales escogidos son los del domicilio o residencia habitual de consumidor y de su cocontratante en el momento de contratar, salvo que la ley de dicho Estado miembro prohibiera tales acuerdos. En apariencia, de cumplirse estas condiciones, el pacto desplegará su eficacia prorrogatoria y derogatoria, con independencia de que resulte operativo el foro de la sucursal, como del carácter exclusivo o no del pacto. En esta dirección se pronuncian las resoluciones recientemente adoptadas por la Audiencia Provincial de Málaga, admitiendo la eficacia procesal de tales pactos: «y en lo que respecta a la cláusula de sumisión expresa establecida en la cláusula S del contrato, que está redactado en idioma que no es desconocido para los contratantes, ambos con nacionalidad, residencia y domicilio en Reino Unido, atribuye la competencia a los tribunales de Inglaterra (lugar de domicilio de los demandantes), no contradice lo dispuesto en los artículos 17 a 19 RBI bis, siendo la cláusula redactada de forma clara y concisa, sin que se observe desequilibrio alguno entre los contratantes». Sin embargo, esta interpretación no es conforme con la *ratio* del artículo 19.3 RBI bis y debe ser rechazada. No es suficiente para la aplicación de la citada disposición que ambas partes tengan su domicilio en el mismo Estado miembro en la fecha de celebración del acuerdo. El artículo 19.3 RBI bis está pensado para aplicarse a casos en los que todavía no existe un elemento de extranjería al celebrarse el acuerdo, y dicho elemento surge posteriormente, cuando el consumidor traslada su domicilio a otro Estado miembro.

Es importante recordar, a este respecto, que el artículo 17.1.c) RBI bis cubre el supuesto típico de un profesional que crea voluntariamente la internacionalidad del contrato, proyectando o realizando su actividad más allá de las fronteras de su propio Estado, para captar clientes en otros. Si bien, la aplicación del citado precepto no queda condicionada por la internacionalidad originaria de la situación[101]. En efecto, como ha indicado el TJUE en el asunto *Commerzbank AG*[102], el artículo 17.1.c) RBI bis da cobertura también supuestos de internacionalidad sobrevenida, es decir, a contratos de consumo en los que, al tiempo de su celebración, ambas partes están domiciliadas en un mismo Estado miembro, y un ulterior cambio de domicilio del consumidor a otro Estado miembro, antes de la interposición de la demanda, no es obstáculo para la aplicación de la Sección 4 del Capítulo II del RBI bis. Aquí entra en escena la situación que describe el artículo 19.3 RBI bis, una

[101] Véase en este sentido, refiriéndose al artículo 15.3 CB de 1968, Carrillo Pozo (1994), p. 317.

[102] STJUE (Sala Sexta) de 30 de septiembre de 2021, as. C-296/20, *Commerzbank AG*, ECLI: EU: C:2021:784, apdo. 60.

situación, por definición, doméstica o interna, en la que las partes pactan fijar la competencia judicial de los tribunales del Estado miembro en el que están domiciliados en el momento de la celebración del contrato[103]. El objetivo del pacto de elección de tribunal en el supuesto contemplado en el artículo 19.3 RBI bis es neutralizar una futura internacionalidad creada por el cambio de domicilio del consumidor[104]. Esta interpretación se corresponde con la *ratio legis* del artículo 19.3 RBI bis consistente en proteger al cocontratante del consumidor y la seguridad jurídica del tráfico en general[105]. Este objetivo solo puede alcanzarse eficazmente si tal acuerdo no se ve afectado por un posterior cambio de domicilio del consumidor y tampoco si el traslado se produce a un tercer Estado. Esto explica que una cláusula de elección de tribunal, a los efectos del artículo 19.3 RBI bis, es *ab origen* una cláusula atributiva de competencia judicial territorial[106]. No en vano, el artículo 19.3 RBI bis supedita la eficacia procesal de la cláusula de elección de foro a su validez conforme al Derecho del Estado miembro en el que están domiciliados en el momento de la celebración del contrato sin referencia alguna a las normas de conflictos de leyes de dicho

---

[103] Como indica el Informe P. Schlosser sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (*DO* núm. C 189, de 28 de julio de 1990, apdo. 160 bis), en aras de una mayor claridad, se ha añadido que se trata del domicilio común en el momento de la celebración del contrato, y no de la posterior presentación de la acción o la interposición de la demanda.

[104] Mankowski (2023), p. 530, señala que el artículo 19.3 RBI bis «is simply based on the thought that the law of the initially common home state would have to applied if the consumer had not moved cross-border and the contract has remained a domestic one. Without the subsequent international element no-one would doubt that this particular national law would apply. Article 25 is derogated insofar as serves as *lex specialis*».

[105] Explica el Informe P. Jenard sobre el Convenio a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* núm. C 189, 28 de julio de 1990, p. 152), que fundándose en consideraciones de equidad, el Comité admitió incluir el artículo. 15.3 CB de 1968 (actual art. 19.3 RBI bis) con la preocupación de proteger al vendedor o al prestamista (actual profesional) cuando el comprador o el prestatario 8actual consumidor) se establece en el extranjero una vez celebrado el contrato. Fundándose en consideraciones de equidad, el Comité admitió que cuando el vendedor y el comprador, o el prestamista y el prestatario, estén ambos domiciliados o, al menos, tengan su residencia habitual en un mismo Estado en el momento de la celebración del contrato, podrán atribuir competencia a los tribunales de dicho Estado para cualquier litigio que surja del contrato, siempre que la ley de dicho Estado no prohíba dichos convenios. El criterio de la residencia habitual permite las cláusulas atributivas de competencia incluso cuando el comprador o el prestatario han conservado su domicilio en un Estado contratante distinto del de su residencia. De ello resulta, por ejemplo, que el vendedor o el prestamista no estarán obligados a citar al demandado en el extranjero ante los tribunales del Estado de su domicilio cuando el demandado siga residiendo, en el momento de introducir la demanda, en el territorio del Estado en que ha sido celebrado el contrato.

[106] De la que se puede inferir un acuerdo tácito sobre la competencia judicial internacional, véase al respecto las Conclusiones de la Abogada General Sra. V. Trstenjak presentadas el 8 de septiembre de 2011, as. C-327/10, *Hypoteční banka*, ECLI: EU: C:2011:561, apdos. 92 a 94.

Estado miembro, a diferencia de lo que establece el artículo 25.1 RBI bis para los acuerdos atributivos de competencia en favor de un órgano jurisdiccional determinado de un Estado miembro, cuya validez material debe decidirse con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional designado en el acuerdo, incluidas las normas de DIPr de dicho Estado miembro (considerando 20 RBI bis).

Con todo lo anterior, el artículo 19.3 RBI bis no debe aplicarse a situaciones litigiosas como las del caso enjuiciado. Las situaciones para los que fue concebido el precepto no encajan con la internacionalidad originaria que caracteriza a los supuestos litigiosos del presente estudio, cuyo carácter transnacional es el resultado de la actividad transfronteriza de la sociedad británica. Sin embargo, desde el asunto *Club La Costa*, la Audiencia Provincial de Málaga viene interpretando, junto al rechazo de la aplicación del foro de la sucursal, que los litigios como los del presente estudio son subsumibles en el supuesto descrito por el artículo 19.3 RBI bis, como pone de relieve la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de diciembre de 2023: «la cláusula no incurre en ninguna de las causas de ineficacia previstas en el artículo 25 del Reglamento. Tribunales ingleses que, además, coinciden con la del lugar de residencia de los demandantes, por lo que pretender llevar el proceso a otros tribunales distintos a aquellos a los que se ha sometido el consumidor y que son los de su lugar de residencia, en este caso a los del presunto domicilio de la otra parte contratante, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá al respecto, supone ir contra la norma que "a priori" es más protectora del consumidor, sin que ante esta Sala se hayan exteriorizado argumentos que justifiquen los beneficios que pueden obtener los demandantes litigando lejos de su lugar de residencia, dado que, como se ha dicho, la legislación comunitaria estima que litigar ante los tribunales ingleses les resulta más favorable como consumidores» [107].

Con la situación planteada en los términos expuestos, resulta cuando menos sorprendente que los recientes autos de la Audiencia Provincial de Málaga acepten la eficacia derogatoria de los acuerdos de sumisión a los tribunales ingleses sin que quede acreditado que el Derecho británico no prohíba tales acuerdos. En efecto, atendiendo a lo previsto en el artículo 19.3 RBI bis, la eficacia procesal de la cláusula de elección a los tribunales ingleses queda condicionada a la acreditación de que la legislación inglesa no prohíba

[107] SAP de Málaga (Sección 6.ª), Sentencia núm. 1776/2023 de 13 de diciembre de 2023 (JUR\2024\73468), FJ 2.º También en este mismo sentido, SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 6/2024 de 12 de enero de 2024 (JUR\2024\152038) FJ 4.º; SAP de Málaga (Sección 6.ª) núm. 419/2024 de 15 de marzo de 2024 (JUR\2024\232541), FJ 2.º.

dicho pacto. En su defecto, la cláusula de elección de tribunal no deberá desplegar la eficacia derogatoria, sin que sea menester en estos casos la aplicación subsidiaria de la ley material española, cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley inglesa. A este respecto, cabe destacar que, antes del cambio de criterio tras el asunto *Club La Costa*, muchas de las resoluciones de la Audiencia Provincial de Málaga suplían la falta de prueba de ley inglesa en el marco del artículo 19.3 RBI bis, aplicando de manera sustitutoria y automática el Derecho español. En particular, sometiendo la validez material del acuerdo de elección de tribunales al control de abusividad basado en el artículo 90.2 del Real Decreto Legislativo[108] (en adelante, TRLGDCU). En puridad, con esa práctica nuestros tribunales vulneraban el artículo 19.3 RBI bis, al equipar la exigencia de validez del acuerdo de elección de tribunal en la situación descrita por esta disposición con la exigencia prevista en el artículo 25.1 RBI bis. Este último condiciona la eficacia del acuerdo a que no sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho declarado aplicable por el ordenamiento del tribunal del Estado miembro designado por el acuerdo[109]. Sin embargo, como ha señalado el TJUE en el asunto *Società*

[108] El artículo 90.2 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 (*BOE* núm. 287, 30 de noviembre de 2007) declara abusiva las cláusulas que establezcan la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor. No han faltado incluso decisiones, como por ejemplo la SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 505/2021 de 15 de septiembre de 2021 (JUR\2022\47038), que han ido mucho más allá, sometiendo el control del carácter abusivo de las cláusulas de elección de los tribunales ingleses al apartado tercero del artículo 90 TRLGDCU relativo al carácter abusivo de las cláusulas de elección de «ley aplicable».

[109] AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 465/2020 de 30 de septiembre de 2020 (JUR\2021\29637), FJ 4.º: «Pues bien, en primer lugar y con carácter previo a entrar en otras consideraciones, hemos de decir que un acuerdo de sumisión a los Tribunales de otro Estado, para que excluya la competencia de los Tribunales españoles ha de cumplir estos dos requisitos: el acuerdo ha de ser válido conforme a las normas de Derecho interno del Estado miembro designado en el acuerdo; y ha de tratarse de un acuerdo que atribuya la competencia "con carácter exclusivo" a dichos Tribunales. El primero de los requisitos tiene importancia en estos casos, puesto que se trata de un contrato de adhesión con un condicionado general suscrito por consumidores con la empresa demandada, de manera que, si bien es cierto que, como ya ha quedado dicho, conforme al Reglamento 1215/2012, habría que estar a las normas de derecho interno del Estado miembro designado, tal y como se señala en el considerando vigésimo, según el cual "La cuestión de si un acuerdo atributivo de competencia en favor de un órgano jurisdiccional determinado de un Estado miembro o de sus órganos jurisdiccionales en general es nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material debe decidirse con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional o de los órganos jurisdiccionales designados en el acuerdo, incluidas las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro"; lo que tiene su reflejo en el artículo 19.3) "in fine", puesto que establece que prevalecerán, y tendrán efecto derogatorio del resto de los criterios establecidos en la Sección Cuarta, los acuerdos entre el consumidor y el otro contratante, domiciliados ambos o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, que atribuyan competencia a los órganos de dicho estado, pero siempre que la ley de este

Italiana Lastre[110], la exigencia de los requisitos de validez establecido en el artículo 19 no debe examinarse a la luz de los criterios relativos a las causas de nulidad de pleno en cuanto a su validez material en el sentido del artículo 25 RBI bis, sino a la luz de los criterios autónomos que se desprenden del propio artículo 19 RBI bis. Debe recordarse, a este respecto, que el acuerdo de elección de tribunal contemplado en el artículo 19.3 RBI bis es *ab origen* un acuerdo atributivo de competencia judicial territorial, y ello no significa otra cosa que el reclamo del Derecho del tribunal del Estado miembro al que se sometieron las partes con domicilio común en el momento de la celebración del contrato es a su Derecho interno (excluidas sus normas de DIPr), sin más función que la de acreditar la validez del pacto conforme al Derecho de ese país, y no con arreglo a otro ordenamiento distinto.

5. LA SITUACIÓN *POS-BREXIT*

La respuesta a la pregunta de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles competentes en litigios sobre contratos aprovechamiento por turno en los que las partes tienen su domicilio en el Reino Unido cambia por completo frente a demandas presentadas con posterioridad al 1 de enero de 2021, fecha en la que el Reino Unido dejó de ser considerado Estado miembro a efectos de la aplicación de los actos de la Unión Europea, incluido el RBI bis. Las acciones que un consumidor, con domicilio en el Reino Unido, pueda ejercitar contra la empresa, domiciliada en el mismo país, vendedora de los derechos objeto del contrato de aprovechamiento por turno, quedan fuera de la esfera de aplicación del RBI bis, pues, como ya se ha señalado, la Sección 4 del Capítulo II del RBI bis solo resulta de aplicación frente a profesionales domiciliados en terceros Estados si el consumidor tiene su domicilio en la Unión. Por ello, en aquellos supuestos en los que el contrato se celebra a través de una sucursal, tampoco concurrirán

Estado no prohíba tales acuerdos». Véase también en la misma dirección Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), Auto núm. 478/2020 de 13 de octubre de 2020 (JUR\2021\128502), FJ 4.º; AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 547/2020 de 24 de noviembre de 2020 (JUR\2021\128343), FJ 4.º; AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 620/2020 de 30 de diciembre de 2020 (JUR\2021\199735), FJ 4.º; AAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 17/2021 de 25 de enero de 2021 (JUR\2021\199131), FJ 4.º; AAP de Málaga, (Sección 5.ª) núm. 119/2021 de 22 de marzo de 2021 (JUR\2021\199601), FJ 5.º; SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 75/2023 de 6 de febrero de 2023 (JUR\2023\282716), FJ 2.º.

[110] Véase a este respecto la STJUE (Sala Primera) de 27 de febrero de 2025, as. C-537/23, *Società Italiana Lastre*, ECLI: EU: C:2025:120, apdos. 47 a 51.

las condiciones de aplicabilidad del artículo 17.2 RBI bis, dado que dicho precepto también condiciona su aplicación a supuestos en que el consumidor tiene su domicilio en un Estado miembro[111]. En efecto, la *ratio* del artículo 17.2 RBI bis se encuentra en el artículo 13.1 CB de 1968[112]/artículo 15.2 RBI con un objetivo tuitivo muy claro pues, mediante la ficción legal del domicilio de la sucursal, el consumidor domiciliado en un Estado miembro podía demandar a la contraparte contractual domiciliada en un tercer Estado a través de las reglas especiales de competencia. Con la reforma del RBI bis se amplió el ámbito de aplicación de las reglas especiales de los artículos 17 a 19 RBI bis, permitiendo al consumidor domiciliado en un Estado miembro demandar ante sus propios tribunales (art. 18.1 RBI bis) a empresarios domiciliados en terceros Estados, y ello con independencia de que posean o no una sucursal en la Unión. Sin perjuicio de que, cuando el cocontratante del consumidor no esté domiciliado en la Unión, pero posee una sucursal en un Estado miembro, el artículo 17.2 RBI Bis continúa tratando a dicho empresario como domiciliado en la Unión, pudiendo el consumidor poder presentar la demanda ante los tribunales del Estado miembro en el que tenga la sucursal para todos los litigios relativos a su explotación, o ante los tribunales del Estado miembro en el que esté domiciliado el consumidor[113]. Como ha indicado el TJUE en el asunto *Club La Costa*, el artículo 17.2 RBI bis opera como un foro de competencia alternativo al

---

[111] Por el contrario, defendiendo que la literalidad del artículo 17.2 RBI bis no impide extender el foro de la sucursal a consumidores no domiciliados en la Unión, véase Añoveros Terradas (2024), p. 6.

[112] En relación con las empresas domiciliadas en un tercer Estado pero con una sucursal en un Estado parte del CB de 1968, el Informe P. Schlosser sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (*DO*, C 189, de 28 de julio de 1990, apdo. 159) señala: «La exclusión del ámbito de aplicación de la sección 4 de las operaciones celebradas por los consumidores finales con empresas que tengan su sede fuera del territorio de la Comunidad Europea no está justificada cuando tales empresas posean una sucursal en dicho territorio. Efectivamente, (…) para el consumidor resultaría con frecuencia imposible, en razón de las legislaciones nacionales que entonces tendrían que tenerse en cuenta para la determinación de las competencias, entablar una acción ante el foro que le está garantizado en sus relaciones con los cocontratantes domiciliados en el interior de la Comunidad Económica Europea. Al igual que a las compañías de seguros que poseen una sucursal en el territorio de la Comunidad Económica Europea se las considera desde el punto de vista de las normas relativas a la competencia, domiciliadas en dicho territorio, (…) es procedente aplicar asimismo a los cocontratantes de los consumidores el trato reconocido a los habitantes de la Comunidad Económica Europea cuando posean una sucursal en el interior de ésta. Cierto es que de ello también se desprende lógicamente que no puede tratarse de facilitar competencias exorbitantes con respecto a dichos cocontratantes por el hecho de que tengan su sede principal fuera de la Comunidad Económica Europea».

[113] STJUE (Sala Quinta) de 15 de septiembre de 1994, as. C-318/93, *Brenner y Noller*, ECLI: EU: C:1994:331, apdo. 20.

forum actoris previsto en el artículo 18.1 RBI bis[114], que solo juega cuando el objeto del litigio esté relacionado con la explotación de dicha sucursal, por lo que para la interpretación de los conceptos del artículo 17.2 RBI bis resulta relevante la interpretación dada por el TJUE respecto de esos mismos conceptos en el artículo 7.5 RBI bis[115]. Si bien, se debe reseñar que, desde el 1 de enero de 2020, fecha en la que el Reino Unido no debe ser tenido como Estado miembro a efectos de la aplicación del RBI bis, el artículo 17.2 RBI bis carece de toda relevancia para los litigios del presente estudio. En particular, los consumidores británicos que pretendan demandar a la sucursal en España de una sociedad, domiciliada en el Reino Unido, no podrán hacerlo ni por la vía del artículo 17.2 RBI bis, al no ser aplicable el régimen especial de competencia de los artículos 17 a 19 RBI bis a consumidores no domiciliados en la Unión, y, por ende, inoperativa la ficción legal del domicilio de la sucursal, ni a través de la vía del artículo 7.5 RBI bis, al no poder aplicarse tampoco el régimen general de competencia por encontrarse el domicilio de la empresa principal en un tercer Estado (arts. 4.1 y 6.1 RBI bis). Todo lo contrario de lo que sucede en el caso de que la parte demandada resulta ser la empresa intermediaria, domiciliada en España, que celebró el contrato con los consumidores residentes en el Reino Unido en nombre o por cuenta de la empresa principal británica. El foro general del domicilio del demandado previsto en el artículo 4.1 RBI bis permite afirmar la competencia judicial de los tribunales españoles

[114] La afirmación por parte del TJUE de que el artículo 17.2 RBI bis contiene un foro de competencia judicial en sí mismo desvirtúa una interpretación bastante extendida entre la doctrina que considera que el artículo 17.2 RBI bis permite aplicar la regla de competencia prevista el artículo 18.1, equiparando a estos efectos el domicilio de la otra parte contratante con el domicilio de la sucursal bis [véase sustentando esta posición, Espiniella Menéndez (2014-2015), pp. 280-281, Ybarra Bores y Rodríguez Benot (2020), pp. 15-19]. De esta guisa, el consumidor podrá reclamar contra una empresa que no tiene su domicilio, pero sí una sucursal en la Unión, en virtud de las reglas previstas en el artículo 18 RBI bis, ante los tribunales del Estado miembro de su propio domicilio o ante los tribunales del Estado miembro en que se halla dicha sucursal, considerada a estos efectos domicilio del empresario. Aunque conduzca al mismo resultado, tal interpretación es contraria a la ofrecida por el TJUE en el asunto La Costa, toda vez que la equiparación entre domicilio y sucursal queda circunscrita a los efectos de la aplicación de la sucursal como criterio de conexión del artículo 17.2 RBI bis, y no a los efectos del artículo 18 RBI bis, donde la noción de domicilio de la otra parte contratante debe interpretarse con arreglo a lo dispuesto por el artículo 62 RBI bis, respecto de las personas físicas, y, con arreglo al artículo 63 RBI bis, respecto de las personas jurídicas. Por otra parte, la delimitación de la equiparación de establecimiento y domicilio al ámbito exclusivo del artículo 17.2 RBI bis impide, a su vez, una corriente doctrinal que defiende la posibilidad de que el consumidor pueda invocar el foro de la sucursal del artículo 7.5 RBI bis frente a empresas que no tienen su domicilio, pero sí una sucursal en la Unión, en virtud de la remisión del artículo 17.1 al artículo 7.5 RBI bis [sustentando esta posición, Ybarra Bores y Rodríguez Benot (2020), pp. 15-19, Carrillo Pozo (1994), pp. 271-272].

[115] Añoveros Terradas (2024), p. 6.

para conocer de toda acción que pueda derivarse del litigio en cuestión, sin necesidad de que el consumidor se enfrente a la incertidumbre jurídica derivada de la noción de «otra parte contratante», ya examinada.

En los supuestos pos-*Brexit*, al encontrarse el domicilio de la empresa titular de los derechos objeto del contrato en un Estado que tampoco es parte del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007[116], la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de las posibles acciones contra dicha sociedad deberá determinarse conforme a los foros de competencia de la LOPJ (por remisión del art. 6.1 RBI bis). En este contexto, al tratarse de litigios entre partes domiciliadas en el Reino Unido, el consumidor actor no podrá invocar contra la sociedad británica los foros de competencia previstos en la letra d) del artículo 22 quinquies LOPJ en materia de contratos de consumo, pues la citada disposición condiciona la competencia judicial de los tribunales españoles a que el consumidor tenga su residencia habitual en España o la tenga la otra parte demandada (huelga decir que en tal caso resultaría de aplicación el RBI bis). En vista de lo cual, el consumidor británico no dispondría de más foros para demandar en España a la sociedad británica que el foro especial en materia contractual, siempre que la obligación litigiosa se deba cumplir en territorio español [letra a) del artículo 22 quinquies de la LOPJ][117], o en el caso de que el contrato se hubiera celebrado a través de una sucursal en España, a través de la invocación del foro de la sucursal previsto en la letra c) del artículo 22 quinquies LOPJ.

Con todo, la eventual competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los litigios pos-*Brexit*, sea con arreglo al foro especial en materia contractual [letra a) del art. 22 quinquies de la LOPJ] o al foro de la sucursal [letra c) del art. 22 quinquies de la LOPJ], o en virtud del foro del domicilio del demandado previsto en el artículo 4 RBI bis, quedará condicionada a la eficacia de la cláusula de sumisión a los tribunales británicos que contienen los contratos examinados. A este respecto, la ausencia de regulación en el RBI bis del efecto derogatorio de las cláusulas de sumisión a favor de los tribunales de terceros Estados y la exclusión de los litigios en materia de contratos de consumo de la esfera de aplicación del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005

---

[116] Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (*DO* núm. L 339, de 21 de enero de 2014).

[117] Refiriéndose al *forum executionis* del derogado artículo 22.3 LOPJ, Downes (1998), pp. 130-132.

sobre Acuerdos de Elección de Foro[118] (en vigor en España y en el Reino Unido), hace que sean las normas de origen interno las encargadas de determinar la eficacia de tales acuerdos, y más en particular los numerales 4 y 5 del artículo 22 ter LOPJ. Una lectura conjunta de tales disposiciones conduce a considerar que la competencia atribuida a los tribunales españoles podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal extranjero, salvo en aquellas materias en que no cabe sumisión a nuestros tribunales. Es decir, si las razones que justifican la restricción de la sumisión a los tribunales españoles han de valer igualmente para justificar la restricción de la derogación de su competencia, el límite al alcance de la prórroga de competencia a los tribunales españoles en los litigios en materia de contratos de consumo previsto en el numeral 1 del artículo 22 bis LOPJ, también ha de valer para justificar la restricción de la derogación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles por la mera voluntad de las partes[119].

A este respecto, el numeral 1 del artículo 22 bis LOPJ prevé que la sumisión a los tribunales españoles en las materias contempladas en la letra d) del artículo 22 quinquies (contratos de consumo) sólo será válida si se fundamenta en un acuerdo de sumisión posterior a que surja la controversia, o ambos contratantes tuvieran ya su domicilio o residencia habitual en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor. Partiendo de la base de que los casos descritos han de recibir la misma interpretación que en el artículo 19 RBI bis[120], siendo el consumidor la parte demandante, resulta difícil admitir el efecto derogatorio de la cláusula de elección a favor de los tribunales ingleses, tanto en el caso de que el consumidor decida entablar la acción contra la sociedad británica con arreglo al foro en materia contractual [letra a) del artículo 22 quinquies de la LOPJ] o al foro de la sucursal [letra c) del artículo 22 quinquies de la LOPJ], o contra la empresa intermediaria domiciliada en España (artículo 4.1 RBI bis). En cualquiera de esos casos, como quiera que el acuerdo de elección de tribunal es posterior al nacimiento del litigio, que el

[118] Decisión del Consejo, de 4 de diciembre de 2014, relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro (*DO* núm. 353, de 10/12(2014).

[119] Espinar Vicente y Paredes Pérez (2016), p. 241.

[120] No se debe olvidar que la aplicación de las normas de competencia judicial internacional del DIPr autónomo se fundamenta en la aplicación del RBI bis, merced a la remisión del artículo 6.1 RBI bis. En estos casos de remisión el RBI bis sigue siendo aplicado, aunque como mera norma de remisión, debiendo resolverse la cuestión litigiosa a partir de la normativa interna reclamada por la norma institucional [Arenas García (2008), p. 546], pero con el significado de los conceptos autónomos que utiliza el RBI bis.

acuerdo no nació en una situación doméstica que devino internacional por el cambio de domicilio del consumidor a otro país, y no es el consumidor el que se quiere prevaler de ella, los numerales 4 y 5 del artículo 22 ter LOPJ impiden la derogación de la competencia de los tribunales españoles en tales casos. La única posibilidad de permitir el efecto derogatorio vendría de la mano de la interpretación literal del segundo supuesto [121], amputándole su *ratio* de proteger al contratante profesional en caso de internacionalización sobrevenida de la relación como consecuencia del cambio de domicilio por parte del consumidor. Atendiendo a la literalidad del supuesto, como ambos contratantes no tenían su domicilio o residencia habitual en España en el momento de celebración del contrato, se debería permitir el efecto derogatorio del acuerdo de sumisión a los tribunales ingleses, siempre a condición de que tal acuerdo cumpla con los requisitos de validez formal y material previstos en el artículo 22.1 LOPJ [122]. En ese caso, puesto que se trataría de la elección de los tribunales de un tercer Estado (ni miembro del RBI bis, ni parte del Convenio de Lugano de 2007, ni con el que existe un convenio bilateral), el numeral 4 del artículo 22 LOPJ obligaría al juez español a suspender el procedimiento y asegurarse de que los tribunales (británicos) van a asumir esa competencia, o a continuar con el procedimiento de no se declararse competentes [123].

---

[121] A favor de esa interpretación literal, permitiendo el efecto derogatorio, véase Añoveros Terradas (2024), p. 9.

[122] Las cláusulas de elección de los tribunales ingleses que figuran en las condiciones generales de los contratos del presente estudio cumplirán la forma escrita exigida por el artículo 22.2 LOPJ, en el mismo sentido que el artículo 25.1 RBI bis, siempre que se incluyan en el propio texto del contrato firmado por ambas partes. Por lo que respecta a las condiciones de validez sustantivas, hay que tener en cuenta que este tipo de contratos está excluido del ámbito de aplicación del RRI, por lo que la determinación de la ley aplicable a la validez material de dichos acuerdos deberá realizarse con arreglo al artículo 10.5 CC [Espinar Vicente y Paredes Pérez (2016), p. 238]. En el marco del presente estudio, a falta de elección de ley aplicable al pacto de elección de foro, la norma de atribución aboca a la aplicación de la ley inglesa, como ley de la residencia habitual de las partes en el momento de la celebración del contrato, salvo que las partes no prueben el contenido y vigencia de la ley inglesa, en cuyo caso la valoración de la validez material del pacto de elección se hará conforme a la ley española. Si bien, el resultado del examen será similar en uno y otro caso, en la medida en que, por causa de la Directiva 93/13/CEE, el Reino Unido cuenta con una regulación en materia de cláusulas abusivas similar a la española. Con arreglo al artículo 90.2 TRLGDCU, el pacto no carecería de validez por abusiva al no establecer sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponde al domicilio de los consumidores demandantes.

[123] Resulta sorprendente la invocación del apartado cuarto del artículo 22 ter LOPJ en mucha de las decisiones de las Audiencias Provinciales en el examen del alcance del efecto derogatorio de los acuerdos de sumisión expresa a los tribunales británicos, tratándose de litigios entablados con anterioridad al *Brexit*, y, por tanto, comprendidos en el ámbito de aplicación del RBI bis. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, SAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 433/2022 de 25 octubre de 2022 (JUR\2023\135558) FJ 2.º, respecto de un litigio similar al del presente estudio: «Lo cierto es que (…) ni la representación de "Club La Costa (UK) PLC", que sustenta su defensa de la competencia de los tribunales ingleses

III. **CUESTIONES SOBRE LEY APLICABLE**

1. EL CARÁCTER ESPECÍFICO DE LA NORMA DE CONFLICTO DEL ARTÍCULO 6 DEL REGLAMENTO DE ROMA I

En lo que respecta a la ley aplicable al fondo de los contratos litigiosos del presente estudio, el juez español competente deberá determinar la *lex contractus* a través del RRI, que está vigente en todos los Estados miembros salvo en Dinamarca, donde continua en vigor el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980[124] (en adelante, CR), al que sustituyó. El RRI se encarga de unificar las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de obligaciones contractuales, que designen la misma ley nacional, con independencia de cuál sea la jurisdicción del Estado miembro ante el que pueda plantearse el litigio, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios. A este objetivo contribuye también el carácter universal del RRI (art. 2), al resultar de aplicación con independencia de que la ley declarada aplicable por sus normas de conflicto no sea la de un Estado miembro. Por ello, al contrario de lo que ocurre con el RBI bis, el dato de si el Reino Unido debe ser tenido como Estado miembro de la Unión, a efectos de la aplicación del RRI, es de todo irrelevante en los litigios del presente trabajo, en la medida en que resulta de aplicación a todo contrato en el ámbito del Derecho privado patrimonial con independencia de que las partes estén o no domiciliados en un Estado miembro o en un tercer Estado. El RRI es aplicable a este litigio, aunque ambas partes tengan su domicilio en el Reino Unido, y aunque el Reino Unido ya no formara parte de la UE en el momento del planteamiento de la cuestión.

En lo que respecta al ámbito de aplicación, las disposiciones del RRI solo son aplicables a contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009 (art. 28 RRI), a diferencia de los contratos celebrados entre el 1 de septiembre de 1993 y el 16 de diciembre

---

sobre el pacto de sumisión contractual acredita que la legislación del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, no prohíba pactos con consumidores, ni la apelante acredita tampoco el contenido y significado de la legislación británica, por lo que habiendo de resolver esta Sala conforme a los términos planteados por las parte que planteó la cuestión de competencia, que ni siquiera se atuvo a lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 22 ter de la LOPJ solicitando, en virtud de este acuerdo, la suspensión del procedimiento a la espera de pronunciamiento de los tribunales del Reino Unido, sino que interesó que se declinara la competencia y es lo que ha acogido el auto apelado, sin que conste, por otra parte, que se haya promovido procedimiento alguno en el Reino Unido para que se pronuncien lo tribunales de dicho Estado miembro». Véase Sabido Rodríguez (2022), p. 484.

[124] Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (*DO* núm. L 266, de 9 de agosto de 1980).

de 2017, los cuales quedan sometidos al CR. Esto significa que los contratos litigiosos del presente estudio (celebrados el 1 de mayo de 2013, el 5 de septiembre de 2013 y el 2 de octubre de 2014) caen bajo la esfera de aplicación del RRI. Además, los contratos litigiosos quedan comprendidos en el ámbito de aplicación material del referido Reglamento. Del tenor del artículo 1, resulta que el RRI se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. A este respecto, ha de recordarse que los conceptos utilizados en RRI también deben interpretarse de forma autónoma para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros, por lo que las mismas consideraciones realizadas en el examen de la noción material civil y mercantil en el artículo 1.1 RBI bis, valen, *mutatis mutandis*, para la definición de la expresión civil y mercantil en la aplicación del artículo 1.1. RRI. Desde esta perspectiva, las disposiciones del RRI son aplicables a toda relación contractual de naturaleza patrimonial que incluya un elemento de extranjería, como la que resulta de la celebración de los contratos del presente estudio. A este respecto, se ha señalar que, igual que el artículo 1.1 RBI bis, el artículo 1.1 RRI no contiene ninguna definición del elemento de extranjería cuya existencia condiciona la aplicabilidad de dicho Reglamento. Si bien, el TJUE ha interpretado de manera autónoma este concepto reconociendo cualquier vínculo de ese elemento de extranjería con la nacionalidad o el lugar del domicilio de las partes contratantes, como con el objeto de la propia relación contractual. El carácter internacional de la relación contractual puede resultar de factores relacionados con las partes del contrato, como que guarden relación con el objeto de este. De ello se desprende que, pese a que las dos partes que celebraron los contratos controvertidos en el litigio principal tengan la misma nacionalidad y domicilio[125], las disposiciones del RRI son aplicables a dichos contratos por la existencia de un elemento de extranjería relacionado con la ejecución de los contratos en un país extranjero. Ciertamente, los contratos litigiosos que ocupa la atención del presente trabajo contienen diversos elementos de extranjería, en la medida en que fueron celebrados entre dos nacionales ingleses, ambos domiciliados en el Reino Unido, a través de la sucursal en España de una sociedad británica, habiéndose suscrito los contratos también en nuestro país, donde deben cumplirse gran parte de las obligaciones derivadas de los mismos. De lo anterior resulta que las disposiciones del RRI son aplicables a los contratos litigiosos del presente trabajo.

[125] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-632/21, *Diamond Resorts Europe Limited*, ECLI: EU: C:2023:671, apdo. 52.

Una vez analizadas las condiciones de aplicación del RRI, se debe reseñar que su estructura se asienta en tres pilares [126]. En primer lugar, el régimen general se basa en la autonomía de la voluntad (art. 3) y, en su defecto, en un listado de normas de conflicto diferenciadas de contratos, cuya finalidad es la ley del país donde típicamente se va a localizar el centro de gravedad de cada categoría contractual, acompañadas por una cláusula de escape (art. 4). El artículo 3 RRI consagra el principio según el cual se da prioridad a la voluntad de las partes, a las que se reconoce la libertad de elegir la ley aplicable al contrato. A este respecto, el artículo 3.1 exige que la elección de la ley aplicable se manifieste expresamente o que resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. A falta de elección de la ley aplicable por las partes, el artículo 4.1 RRI establece criterios de conexión en función de diferentes tipos de contratos, entre los que figuran, en lo que interesa al presente estudio, los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble y los contratos de prestación de servicios. En segundo lugar, el RRI establece cuatro regímenes especiales para cuatro categorías de contratos, justificadas –fundamentalmente– por la necesidad de protección de una de las partes en el contrato: contratos de transporte (art. 5), contratos de consumo (art. 6), contratos de seguro (art. 7) y contratos de trabajo (art. 8). Estas reglas especiales corrigen los fallos que presenta el principio de autonomía de la voluntad en situaciones de asimetría contractual. Por último, el RRI articula la protección de intereses generales o jurídico-públicos a través de las llamadas «leyes de policía», que responden a sus propias conexiones y, por lo tanto, juegan al margen de esas normas de conflicto ordinarias (art. 9). Esta cláusula corrige el principio de autonomía de la voluntad ante el otro tipo de fallos típicos que presenta: las externalidades negativas que puede generar.

En el sistema del RRI, el legislador europeo proporciona un régimen especial para los contratos internacionales de consumo en el artículo 6, que modifica en esencia el previsto en el artículo 5 CR, en lo referente a las condiciones de aplicación material y espacial. Pero, al igual que el precepto convencional, sigue excluyendo de su esfera de eficacia los contratos internacionales celebrados por un consumidor activo, a los que se habrá de asegurar su protección por otras vías distintas de la propia norma de conflicto especial [127]. En este contexto, en la aplicación del artículo 6 RRI también está supeditada al cumplimiento de tres requisitos similares a

[126] Véase Garcimartín Alférez (2023), pp. 373-374.
[127] Espinar Vicente y Paredes Pérez (2019), p. 160.

los previstos en el artículo 17 RBI bis. En primer lugar, una parte contractual tiene que ser una persona física, que ostenta la condición de consumidor porque actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional, y la otra una persona física o jurídica que interviene en ejercicio de una actividad comercial. En segundo lugar, que las partes hayan celebrado un contrato y que no esté entre las exclusiones previstas en el apartado 4. En tercer lugar, que el consumidor sea un consumidor pasivo en los términos descritos por el apartado 1, letras a) y b), del referido artículo 6. Estos requisitos deben cumplirse de manera cumulativa, de modo que, si no se diera alguno de los tres, la ley aplicable no cabría determinarla según la norma de conflicto especial del artículo 6, sino por el régimen general previsto en los artículos 3 y 4 RRI.

Como ya se ha indicado, los conceptos utilizados en el artículo 6 RRI deben interpretarse de forma autónoma, por lo que las consideraciones realizadas en el examen de las condiciones de aplicación del artículo 17 RBI bis, valen, *mutatis mutandis*, en la aplicación del artículo 6.1 RRI. En este contexto, del tenor del artículo 6.1 RRI se desprende, lo mismo que del artículo 5 CR, que el régimen de protección se aplica solo en los casos en que se haya celebrado un contrato entre un consumidor y un profesional. Es decir, a la exigencia de un contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional con otra persona (el profesional) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional. No en vano, la norma de conflicto especial atiende particularmente a la parte del contrato que ostenta la condición de consumidor, en el bien entendido de que es en esta noción en la que se apoya la calificación específica que reciben los contratos de este tipo. Como se ha indicado, la noción autónoma y estricta de consumidor basada en criterios objetivos implica que la aplicación de la norma de conflicto prevista en el artículo 6 no se pueda extender a personas jurídicas. Po lo tanto, el hecho de que las directivas europeas no excluyan que los Estados miembros extiendan la protección que proporcionan a personas físicas o jurídicas que no sean consumidores, no debe afectar a la aplicación del artículo 6 RRI, en el que la delimitación del concepto de consumidor es autónoma e independiente del contenido en las legislaciones nacionales[128]. Por ello, conforme a la definición contenida en el artículo 1.3 Ley 4/2012, toda persona jurídica que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión será considerada consumidor en el marco de una relación contractual interna, pero nunca en un contrato de naturaleza internacional.

[128] De Miguel Asensio (2019), pp. 209-210.

Además, la aplicación de la norma de conflicto especial del artículo 6 RRI está condicionada a que se haya celebrado un contrato entre el consumidor y el profesional, y que el contrato no sea ninguno de los que están expresamente excluidos en el apartado cuarto del citado precepto. En primer lugar, la letra c) del artículo 6.4 RRI dispone que quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 6 RRI los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición prevista en la Directiva 2008/122/CE. Dos precisiones han de tenerse en presente a este respecto. Por un lado, el propio tenor del artículo 6 RRI resuelve cualquier duda sobre la subsunción de los contratos de aprovechamiento por turno en su ámbito de aplicación, cerrando un viejo debate sobre la inclusión o no de tales contratos en el artículo 5 CR. Mientras que el artículo 6 RRI se refiere a los contratos de consumo en general, el artículo 5.1 CR limita su ámbito de aplicación a contratos que tengan por objeto un suministro de mercaderías o una prestación de servicios. Si bien, la calificación de los contratos de aprovechamiento por turno como contratos de prestación de servicios en los asuntos *Travel Vac*[129] y *Klein*[130], despejó las dudas sobre la subsunción de dichos contratos en el supuesto de hecho del artículo 5 CR.

Por otro lado, si la letra c) del artículo 6.4 RRI deja muy claro que los contratos de aprovechamiento por turno están cubiertos por el artículo 6 RRI y el consumidor pasivo se halla protegido por dicha norma de conflicto, no ocurre lo mismo con los contratos que celebra un consumidor activo, en la medida en que estos quedan sometidos al régimen general del Reglamento: los artículos 3 y 4 RRI. En esas circunstancias, la letra c) del artículo 4.1 RRI establece que el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble. A este respecto, el RRI no define el concepto de «contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble», como tampoco define los conceptos de «derecho real inmobiliario» ni de «bien inmueble». No obstante, guiado por el principio de coherencia con el RBI bis, el TJUE ha declarado que los contratos de aprovechamiento por turno no pueden ser calificados de arrendamiento de un bien inmueble, a efectos del artículo 6.4.c) RRI, en la

[129] STJUE (Sala Tercera), Sentencia del de 22 de abril de 1999, as. 423/97, *Travel Vac SL*, ECLI: EU: C:1999:197, apdo. 26.

[130] STJUE (Sala Primera) de 13 de octubre de 2005, as. C73/04, *Klein*, ECLI: EU: C:2005:607, apdo. 21.

medida en que se prestan determinados servicios que van más allá de la cesión del derecho de uso que constituye el objeto de un contrato de arrendamiento. Un contrato complejo relativo a un conjunto de servicios prestados a cambio de un precio global pagado por el cliente, como sucede en el caso de un contrato que prevé la prestación de servicios que van más allá de la cesión del derecho de uso que constituye el objeto de un contrato de arrendamiento, no constituye un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles propiamente dicho a efectos de esa disposición[131]. Por el contrario, los contratos celebrados por un consumidor activo que tengan por objeto un derecho real inmobiliario quedan subsumidos en la letra c) del artículo 4 RRI, y, por tanto, a la ley del país en que se encuentre el bien inmueble[132], salvo que se trate de un contrato de aprovechamiento por turno de naturaleza contractual o de tipo asociativo, que al no considerarse un contrato de arrendamiento de un bien inmueble ni tampoco un contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario, en el sentido de la letra c) del artículo 4.1 RRI, quedan sometidos, con arreglo a la letra b) del artículo 4.1 RRI, a la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual.

En segundo lugar, la referencia expresa a los contratos de aprovechamiento por turno en el artículo 6.4.c) RRI evita que dichos contratos puedan resultar afectados por la exclusión prevista en la letra a) de la citada disposición para los contratos de prestación de servicios, cuando los servicios objeto del contrato en cuestión no deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual. Al contrario de lo que sucede en el artículo 5 CR, que prevé también esta excepción, pero de la que excluye únicamente a los contratos de viaje combinado (contratos que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento). Así pues, en la medida en que la mayoría de los contratos del presente estudio los servicios se prestan al consumidor en su totalidad fuera del país de su residencia, esta exclusión sustrae por lo general a los contratos de aprovechamiento por turno del ámbito de aplicación del artículo 5 CR[133]. En este contexto, el TJUE ha declarado, en el asunto *TVP Treuhand*[134], que el país en el que deben prestarse los servicios al consumidor no es una cuestión que dependa de la *lex contractus*, y la exclusión, como señala el Informe oficial del CR, obedece a una lógica conflictual justificada por el hecho de que, en los contratos

131 *Ibid*., apdo. 27.
132 Carrascosa González (1992), p. 764.
133 Downes (1998), p. 254.
134 STJUE (Sala Primera) de 3 de octubre de 2019, as. 272/18, *TVP Treuhand*, ECLI: EU: C:2019:827, apdos. 48 a 54.

relativos a servicios que se prestan exclusivamente fuera del Estado de residencia del consumidor, este no puede esperar razonablemente que se aplique la legislación de su Estado de origen [135]. A los efectos de esta exclusión, cuando el lugar de realización material de la prestación se encuentra en un país distinto de aquel en el que el consumidor la recibe, debe considerarse que los servicios solo se prestan «exclusivamente» fuera del Estado miembro de residencia habitual del consumidor cuando este no tiene ninguna posibilidad de recibir dichos servicios en su Estado de residencia y tiene que desplazarse al extranjero para ello. Lo que implica al menos que la excepción no afecte a los contratos de aprovechamiento por turno celebrados antes del 17 de diciembre de 2009 en los que el consumidor tenga la posibilidad de recibir alguno de los servicios contratados en el país de su residencia habitual. En todo caso, gracias a la dispuesto en el artículo 6.4.c) RRI, los contratos de aprovechamiento por turno celebrados con posterioridad a esa fecha, como los del presente caso, se sustraen completamente de la exclusión prevista en la letra a) de la citada disposición.

Por último, para que el consumidor se beneficie del régimen específico de protección del artículo 6 RRI, es necesario, además, como disponen las letras a) y b) del citado precepto, que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país de la residencia habitual del consumidor o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado o a varios Estados, incluido este último, y, por otro lado, que el contrato controvertido esté comprendido en el marco de dichas actividades. Estas dos exigencias están pensadas para proteger al llamado «consumidor pasivo», es decir, un consumidor que es captado en el Estado donde reside habitualmente (en virtud del carácter universal del RRI, puede ser un Estado miembro de la Unión o un tercer Estado). Como punto de partida es preciso tener en cuenta que, como ha quedado indicado, la redacción del artículo 5 CR no es idéntica a la del artículo 6 RRI, al estar el primero pensado para supuestos en los que un profesional penetra en el mercado de otro país a través de publicidad transfronteriza o de ofertas comerciales realizadas a través de agentes o representantes. A este respecto, el artículo 5.2 CR exige que la celebración del contrato debía haber sido precedida, en el país de residencia habitual del consumidor, por una oferta del profesional que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y el consumidor tenía que haber llevado a cabo en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato. A la vista de este segundo requisito, en la medida en que los consumidores son captados en España,

[135] Garcimartín Alférez (2023), p. 390.

donde realizan todos los actos necesarios para la celebración del contrato, el artículo 5 CR resulta difícilmente aplicable a los contratos del presente estudio, al calificarse como consumidores activos[136]. Dicha contrariedad ha quedado resuelta con la nueva redacción del artículo 6 RRI, sustituyendo los requisitos que pesaban, respectivamente, sobre el profesional y el consumidor por otros exigibles solo al primero, careciendo de relevancia la acción del consumidor. Con la nueva redacción, como se ha visto al analizar el artículo 17.1.c) RBI bis, los consumidores parte en el presente caso reciben la calificación de consumidores pasivos[137], en la medida en que los contratos litigiosos quedan comprendidos en el ámbito de las actividades que ejerce a través de la sucursal en España y que dirige al país de la residencia habitual del consumidor.

2. EL CARÁCTER IMPERATIVO Y EXHAUSTIVO DE LAS CONEXIONES DEL ARTÍCULO 6 DEL REGLAMENTO DE ROMA I

Una vez analizadas las condiciones subjetivas, objetivas y espaciales que supeditan la aplicación de la norma de conflicto especial del artículo 6 RRI, debemos precisar el régimen jurídico aplicable a los contratos de consumo comprendidos en su esfera de aplicación.

---

[136] Teniendo en cuenta la incidencia de las técnicas de *direkmarketing* sobre la formación de los contratos de aprovechamiento por turnos, realizando el consumidor los actos necesarios para la celebración del contrato en un país distinto al de su residencia habitual. Véase a este respecto Basedow (2017), pp. 394-305; Downes (1998), pp. 261-263; Añoveros Terradas (2003), pp. 109-110, refiriéndose a los asuntos que sucedieron en Gran Canarias y que dieron lugar a multitud de sentencias pronunciadas por los tribunales alemanes en relación con contratos de aprovechamiento por turno sobre bienes inmuebles ubicados en la Isla de Gran Canaria celebrados, durante un viaje a la isla, por consumidores alemanes con representantes de una sociedad domiciliada en la Isla de Man. El Tribunal federal alemán señaló que los consumidores habían firmado los contratos como consumidores activos, y, por lo tanto, no entraban en el ámbito de aplicación del artículo 5 CR. De modo que la ley aplicable era el Derecho de la Isla de Man, que constataba en una cláusula predispuesta en tales contratos.

[137] Al contrario, calificando a los consumidores como consumidores activos en estos casos, véase la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) núm. 314/2020 de 16 julio de 2020 (JUR\2020\27883), FJ 3.º: «(…) no consta prueba alguna de que la vendedora Continental Resort Services S. L dirija sus actividades a Reino Unido; la parte demandada es una filial española de Club la Costa UK PLC, por lo que su actividad está vinculada a la explotación de actividades del grupo en España y no en Reino Unido, y, la función acreditada de esta filial española es la de captar a clientes extranjeros en España y firmar los contratos en España operando en consecuencia en este país, por lo que se desvirtúa el argumento expuesto de la concurrencia de los supuestos del artículo 6.1 del Reglamento Roma I, siendo de aplicación el artículo 4 de dicho instrumento que establece que en los contratos no contemplados en el apartado 1 se regirán por la Ley donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, y en este caso, la entidad prestadora esta domiciliada en España, siendo por tanto de aplicación la Ley española 4/2012, ya que el contrato fue suscrito en el mes de abril de 2014».

A este respecto, al igual que el artículo 5 CR, el artículo 6 RRI establece que los contratos de consumo comprendidos en su esfera de aplicación han de regirse por la ley del país de la residencia habitual del consumidor, si bien permite que las partes puedan elegir la ley aplicable al contrato, a condición de que dicha elección no suponga la pérdida de la protección que proporcionan al consumidor las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual (normas que no puedan excluirse mediante acuerdo). Como se puede apreciar, la mecánica del precepto de atribución gira en torno al criterio de la ley del país de la residencia habitual del consumidor cumpliendo dos funciones distintas. En primer lugar, establece una conexión objetiva cuando concurren las condiciones espaciales examinadas, consagrando como criterio de localización el lugar donde se sitúa el mercado natural del consumidor afectado. Por otro lado, establece una limitación a la autonomía conflictual, permitiendo someter la parte dispositiva del contrato a la ley elegida, pero impidiendo eludir las normas imperativas que establecen el estándar de protección en el mercado del consumidor.

Al analizar el artículo 6 RRI de una manera abstracta, puede observarse cómo el criterio de la residencia habitual del consumidor atiende a un claro objetivo de justicia conflictual, puesto que asegura el juego del ordenamiento más vinculado con el contrato cuando concurren las condiciones espaciales de aplicabilidad, anteriormente analizadas. Además, al dotarle de un carácter rígido satisface el principio de seguridad jurídica, dotando de previsibilidad a la respuesta final del precepto de atribución. No en vano, conduce siempre a la ley del entorno socioeconómico del consumidor, siendo la más previsible para el profesional, puesto que ha de presumirse que asume su regulación desde el momento en el que de forma consciente opera o dirige sus actividades hacia ese mercado. No obstante, un examen desligado de todo proceso de abstracción manifiesta de qué manera la conexión residencia habitual del consumidor constituye un criterio de fuerte carga empírica, que satisface objetivos de justicia material[138]. En primer lugar, la utilización de este criterio atiende a la voluntad de aplicación de las normas imperativas del país del consumidor y garantiza la toma en consideración de los objetivos tuitivos que incorporan. En puridad, aunque se presenta bajo la apariencia de una metodología bilateral, la norma de conflicto del artículo 6 RRI no es sino la bilateralización normativa de una construcción unilateral. El legislador europeo utiliza el mismo método de localización que se emplea en las construcciones unilateralistas; es decir, delimita el ámbito de aplicación

[138] Espinar Vicente y Paredes Pérez (2019), p. 174.

de las disposiciones imperativas de Derecho interno destinadas a la protección del consumidor; lo que supone reconocer la competencia legislativa del ordenamiento de la residencia habitual del consumidor para regular los aspectos no dispositivos del contrato[139]. En segundo lugar, el artículo en estudio delimita cuáles son las normas imperativas de la *lex residentiae* que deben aplicarse (aun existiendo una *professio iuris*) y las concreta en aquellas disposiciones destinadas a proporcionar la protección al consumidor, con exclusión de las demás. Por consiguiente, la sumisión voluntaria a una ley distinta no puede en ningún caso socavar el amparo que le suministra el Derecho del lugar donde la parte débil tiene su centro de vida. En tercer lugar, el criterio de la residencia habitual asegura la preservación de los estándares de protección alcanzados en los Estados miembros a consecuencia de la transposición de las Directivas de la Unión Europea en esta materia. De este modo se garantiza que las operaciones de los profesionales (estén establecidos dentro o fuera de la Unión) se produzcan en una situación de libre competencia. Cuando el consumidor reside en un país de la Unión, cualquiera profesional que opere en un Estado miembro o dirija su actividad hacia uno o varios de estos países, queda sometido a un régimen jurídico razonablemente homogéneo y aplicable a todos los actores. Además, la conexión favorece la correlación entre el *forum* y el *ius* en los litigios internacionales sobre contratos de consumo, merced al *forum actoris* que el artículo 18.1 RBI bis pone a disposición del consumidor, y la estrecha relación que se produce entre los aspectos relacionados con la forma y el fondo en este tipo de contratos[140].

El artículo 6.2 RRI permite que las partes puedan recurrir a la autonomía conflictual, en los términos del artículo 3 RRI, a condición de que la *electio iuris* no acarree para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionan las disposiciones imperativas de la ley donde se sitúa su centro de vida. En la arquitectura del precepto objeto de estudio, la autonomía conflictual desempeña una función muy distinta de la que despliega en el marco de la contratación en general, habida cuenta de que no opera libremente sino

[139] Bucher (1993), p. 72.

[140] En Derecho interno los objetivos de las normas de protección al consumidor en la forma y en el fondo no difieren entre sí. Al contrario, el régimen jurídico formal se integra en el resto de la reglamentación material con vistas a garantizar al consumidor un consentimiento meditado y reflexivo. Para la consecución de este objetivo el artículo 13.4 RRI somete la forma de los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 6 RRI (forma de proporcionar las obligaciones precontractuales de información y el derecho de desistimiento, el contrato se extienda por escrito, en papel o soporte duradero, etc.) a la misma ley que regula los aspectos sustantivos, la ley del país de la residencia habitual del consumidor.

condicionada por una conexión objetiva de carácter imperativo centrada en la ley de la residencia habitual del consumidor. Esta limitación de la libertad contractual expresa la proyección al tráfico externo de los principios que inspiran la regulación del consumo a nivel interno. Si en las legislaciones nacionales se fija un nivel de protección mínima ineludible a partir del cual puede operar la autonomía material, en DIPr, la autonomía conflictual solo podrá jugar en el mismo ámbito en el que se admite el juego de la libertad contractual. El cumplimiento de este requisito convierte al precepto de atribución en una norma de conflicto bilateral alternativa, en la que conexión principal condiciona el juego de la segunda. Efectivamente, los numerales 1 y 2 del artículo 6 RRI permiten someter la regulación del contrato, o bien a la ley de la residencia habitual del consumidor, o bien a la ley elegida por las partes siempre que no suponga una reducción de la protección del consumidor garantizada por aquélla. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la *professio iuris* se articula a través de una norma de conflicto materialmente orientada, ya que es la conexión objetiva (la residencia habitual) la que constituye el elemento material que orienta el *pactum de lege utenda*. Sin poder eludir las normas tuitivas de la *lex residentiae*, la sumisión tenderá a localizar el supuesto en un ordenamiento que resultará normalmente más ventajoso para el consumidor ya que, en ningún caso, la elección le priva de la protección que *ab initio* tiene asegurada[141].

Por lo general la cláusula de *electio iuris* suele figurar en las condiciones generales de los contratos de consumo, aspecto que no prohíbe el artículo 3 RRI. Como ha señalado el TJUE en la sentencia *Gruber Logistics*[142], las partes de un contrato de consumo son libres para elegir la ley aplicable a dicho contrato, aunque la cláusula contractual relativa a esa elección sea redactada por el profesional, limitándose el consumidor a aceptarla. Por ello se debe descartar la posición jurisprudencial favorable a interpretar que las cláusulas de elección de ley en esas circunstancias no son válidas[143]. Sobre esta base, en el caso juzgado la Audiencia

[141] Espinar Vicente y Paredes Pérez (2019), p. 176.

[142] STJUE (Sala Primera) de 15 de julio de 2021, as. ac. C152/20 y C218/20, *Gruber Logistics*, ECLI: EU: C:2021:600, apdo. 40.

[143] En esta dirección, por ejemplo, la SAP 75/2023 de Málaga, Sección 4.ª, de 26 de febrero de 2003 (JUR\2023\282716), se basa como en el caso juzgado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (sección 4.ª) núm. 626/2018, del 28 de junio de 2019 (JUR\2019\341797) FJ 3.º, para señalar lo siguiente: «Nos hallamos, por tanto, ante contratos otorgados por la referida sociedad española y sólo en el de fecha 3 de junio de 2008 consta una cláusula (11.ª) en la que se establece que "el presente contrato se rige por la legislación inglesa", de manera que conforme al Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –Reglamento Roma I–, que, como hemos dicho, se cita sin más

Provincial de Málaga enfatiza en el FJ 3.º de la sentencia recurrida «que no puede considerarse como un pacto de libre elección de la ley aplicable, según lo establecido en el artículo 3.1 RRI, puesto que se trata de una cláusula predispuesta en un condicionado general, cuya propia redacción literal indica que se trata de una imposición del predisponente y no de un acuerdo libremente pactado de sumisión a la ley inglesa». Dicha interpretación es contraria al artículo 3.1 TJUE, porque el RRI no prohíbe la elección de ley aplicable mediante el uso de cláusulas tipo redactadas previamente por el empresario. La libertad de elección, en el sentido de esta disposición, puede ejercerse aceptando tal cláusula y no queda puesta en tela de juicio por el mero hecho de que dicha elección se realice sobre la base de una cláusula redactada e insertada por el empresario en el contrato[144], y ello aun cuando la ley elegida no coincida con la ley de la residencia habitual del consumidor. Como ya se ha indicado, el artículo 6.2 RRI se asegura de que la conexión principal condiciona el juego de la elección de la ley aplicable no pudiendo acarrear la pérdida de protección que le proporcionan las disposiciones imperativas de la ley del país en el que tenga su residencia habitual.

En conexión con lo anterior, tampoco pueden admitirse la interpretación de la Audiencia Provincial de Málaga en el caso enjuiciado, tras declarar la invalidez de la cláusula de elección de ley predispuesta, consistente en considerar que, en la medida en que el objetivo del artículo 6.1 es la protección del consumidor y no de la contraparte, este último solo puede invocar la aplicación de esta disposición si el consumidor se abstiene de hacerlo y que procedería aplicar entonces el artículo 6.3 RRI, que remite a las reglas generales establecidas en los artículos 3 y 4 del propio Reglamento: «consta una cláusula (11.ª) en la que se establece que "el presente contrato se rige por la legislación inglesa", de manera que conforme al Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –Reglamento Roma I–, (…), es claro que no puede considerarse como un pacto de libre elección de la ley aplicable, según lo establecido en el artículo 3.1 del mismo, puesto que se trata de una cláusula predispuesta en un condicionado general, cuya propia redacción literal indica que se trata de una

---

precisiones, es claro que no puede considerarse como un pacto de libre elección de la ley aplicable, según lo establecido en el artículo 3.1 del mismo, puesto que se trata de una cláusula predispuesta en un condicionado general, cuya propia redacción literal indica que se trata de una imposición del predisponente y no de un acuerdo libremente pactado de sumisión a la ley inglesa (…)» FJ 3.º.

144 STJUE (Sala Primera) de 15 de julio de 2021, as. ac. C152/20 y C218/20, *Gruber Logistics*, ECLI: EU: C:2021:600, apdo. 40.

imposición del predisponente y no de un acuerdo libremente pactado de sumisión a la ley inglesa, (…), lo que excluiría la invocación a favor del propio predisponente y no de los consumidores de otros preceptos del referido Reglamento, como es el caso del artículo 6.1, tendente a dar amparo a los contratos de consumo, de manera que ha de estarse al artículo 4, con arreglo al cual la ley española es la aplicable porque, ya se consideren los derechos objeto del contrato como mercancías o servicios, se establece en el mismo que, a falta de elección, la ley aplicable al contrato es la del país en que tenga su residencia el vendedor».

En relación con la cuestión de si, en el supuesto de declararse la invalidez de la cláusula de *electio iuris*, las dos partes del contrato, incluido el profesional, pueden invocar el artículo 6 RRI para determinar la ley aplicable al contrato, el TJUE ha tenido la oportunidad de declarar, en los asuntos *Club La Costa*[145] y *Diamond Resorts Europe Limited*[146], que, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en dicha disposición, carece de pertinencia la cuestión de cuál de las dos partes del contrato la invocan, y que, a falta de elección válida relativa a la ley aplicable a dicho contrato efectuada por las partes, esta ley debe determinarse con arreglo a dicha disposición. Cuando un contrato cumple los requisitos establecidos en el artículo 6.1 RRI, el carácter imperativo y exhaustivo de los criterios de conexión previstos en dicho artículo impiden que puedan ser modificados o completados por la norma de conflicto de leyes establecida en el artículo 4 RRI, aun cuando los criterios de conexión previstos en esta última disposición designen otra ley más favorable para el consumidor. Como ha indicado el TJUE, una interpretación contraria, en virtud de la cual fuese posible establecer excepciones a las normas de conflicto de leyes previstas en el RRI para determinar la ley aplicable a los contratos de consumo, debido a que otra ley sería más favorable para el consumidor, menoscabaría necesariamente de manera considerable la exigencia general de previsibilidad de la ley aplicable y, por tanto, el principio de seguridad jurídica en las relaciones contractuales de los consumidores[147]. En efecto, al designar la ley del país en el que el consumidor tiene su residencia habitual

[145] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-821/21, *Club La Costa*, ECLI: EU: C:2023:672, apdos. 72 a 76.

[146] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-632/21, *Diamond Resorts Europe Limited*, ECLI: EU: C:2023:671.

[147] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-821/21, *Club La Costa*, ECLI: EU: C:2023:672, apdo. 86; STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-632/21, *Diamond Resorts Europe Limited*, ECLI: EU: C:2023:671, apdo. 75, y por analogía la STJUE (Sala Tercera), de 12 de septiembre de 2013, *Schlecker*, C64/12, EU: C:2013:551, apdo. 35.

como aplicable, el legislador de la Unión consideró que dicha ley ofrece una protección adecuada al consumidor, sin que esta designación deba, no obstante, conducir necesariamente a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el consumidor[148]. Por ello, el TJUE concluye señalando que, cuando un contrato de consumo cumple los requisitos establecidos en el artículo 6 RRI y a falta de elección válida de la ley aplicable a tal contrato, esta ley debe determinarse con arreglo a la referida disposición, que puede ser invocada por las dos partes del contrato, incluido el profesional, y ello, aunque la ley aplicable al mismo contrato con arreglo a los artículos 3 y 4 del citado Reglamento pueda ser más favorable para el consumidor[149]. El carácter imperativo y exhaustivo de las conexiones del artículo 6 RRI impiden que pueden establecerse excepciones a esta disposición en favor de una legislación supuestamente más favorable para el consumidor[150]. De este modo, el TS acierta al indicar en el caso enjuiciado que la interpretación efectuada por la sentencia recurrida no es conforme a la doctrina del TJUE y, por tanto, debe ser rechazada.

3. LEY APLICABLE A LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE

El hecho de que el artículo 3.1 RRI, por remisión del artículo 6.2 RRI, permita al empresario incorporar una cláusula de elección de ley aplicable predispuesta en el condicionado general, no significa que, en cuanto cláusula no negociada individualmente, quede exenta del eventual control de inclusión y de contenido. Las cláusulas predispuestas de elección de aplicable en la contratación con consumidores están sometidas, como el resto de las cláusulas del contrato, al correspondiente juicio de abusividad. A este respecto, es importante destacar que, en virtud de la remisión

[148] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-821/21, *Club La Costa*, ECLI: EU: C:2023:672, apdo. 87, y por analogía, la STJUE (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013, *Schlecker*, C64/12, EU: C:2013:551, apdo. 34.

[149] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-821/21, *Club La Costa*, ECLI: EU: C:2023:672, apdo. 88; STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-632/21, *Diamond Resorts Europe Limited*, ECLI: EU: C:2023:671, apdo. 75.

[150] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-632/21, *Diamond Resorts Europe Limited*, ECLI: EU: C:2023:671, apdo. 76: «Una interpretación en virtud de la cual fuese posible establecer excepciones a las normas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a los contratos de consumo, debido a que otra ley sería más favorable para el consumidor, menoscabaría necesariamente de manera considerable la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, el principio de seguridad jurídica en las relaciones contractuales de los consumidores».

realizada por el artículo 3.5 RRI al artículo 10.1 RRI, la validez de la cláusula de elección de ley aplicable queda sometida a la misma ley que resulta aplicable al contrato en cuestión. En los contratos celebrados con consumidores, esto significa que la ley elegida por las partes determinará la validez de la cláusula predispuesta de elección de ley aplicable, siempre que no acarree la pérdida de la protección que le garantizan al consumidor las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable, de no existir esa cláusula. En el litigio del presente trabajo, se da la curiosa situación de que la ley inglesa no es solo la ley pactada por las partes sino también la ley del país de la residencia habitual de los actores, por lo que el examen de la validez de la cláusula deberá realizarse conforme a dicha ley nacional. Ahondando un poco más, se ha de reseñar que, en este caso, no hay razón para considerar que las normas del TRLGDCU que regulan las cláusulas abusivas en los contratos de consumo sean normas internacionalmente imperativas cuya aplicación se imponga a las de la legislación inglesa, tal como considera la sentencia recurrida, al declarar abusiva la cláusula de elección de la ley inglesa por aplicación del artículo 90 TRLGDCU, que considera abusivas las cláusulas que establezcan la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

En particular, la sentencia recurrida basa la aplicación del artículo 90 TRLGDCU a los contratos litigiosos en la norma unilateral prevista en el artículo 67 TRLGDCU, que se encarga de transponer el artículo 6.2 Directiva 93/13/CEE al ordenamiento español. A este respecto, es importante recordar, como precisa el artículo 23 RRI, que el Reglamento se entiende sin perjuicio de la aplicación de las normas de conflicto de leyes previstas en otros instrumentos europeos, entre las que se encuentra la norma unilateral prevista en el artículo 6.2 Directiva 93/13/CEE, que dispone: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad»[151]. Se da la circunstancia, sin embargo, de que el

[151] Con este mismo enfoque, en el marco de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (*DO* núm. L 382, de 31 de diciembre de 1986), véase la STJUE (Sala Quinta) de 9 de noviembre de 2000, as. C-381/98, *Ingmar GB Ltd*, ECLI: EU: C:2000:605, apdo. 25: «es forzoso reconocer que

artículo 6.2 Directiva 93/13/CEE ha sido incorporada de manera incorrecta en el artículo 67.1 TRLGDCU, a cuyo tenor: «1. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro».

Como indicó el TJUE en el asunto *Comisión contra el Reino de España*[152], en el que declara que España había transpuesto incorrectamente el artículo 6.2 Directiva 93/13/CEE en el antiguo artículo 10 bis 3 LGDCU[153], la disposición europea tiene por objeto evitar el riesgo que existe en ciertos casos de privar al consumidor de la protección comunitaria cuando se designa como ley aplicable al contrato el Derecho de un país tercero en las relaciones contractuales intracomunitarias, siempre que el contrato mantenga una estrecha conexión con el territorio de un Estado miembro de la Unión. La finalidad del artículo 6.2 Directiva 93/13/CEE es garantizar que los consumidores que son parte en un contrato que se encuentra comprendido en el marco de las actividades comerciales que la contraparte dirige al mercado interior, cualquiera que sea su lugar establecimiento (dentro o fuera de la Unión), puedan disfrutar de la protección que ofrece la Directiva cuando se designa como ley aplicable al contrato la ley de un tercer Estado. Al interpretar de

---

resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. En efecto, la función que desempeñan las disposiciones de que se trata exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato». Dicha decisión es el antecedente del actual artículo 3.4 RRI: «Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo».

[152] STJUE (Sala Primera) de 9 de septiembre de 2004, as. C-70/03, *Comisión contra España*, ECLI: EU: C:2004:505, apdo. 29.

[153] Véase al respecto Esteban De La Rosa (2005), pp. 1932-1942.

manera integrada la norma de conflicto unilateral prevista en el artículo 6.2 Directiva 93/13/CEE con las disposiciones del RRI se desprende que la primera no está diseñada para proteger al consumidor pasivo, pues está ya protegido por la norma de conflicto especial prevista en el artículo 6 RRI, sino al consumidor activo parte en contratos intracomunitarios[154] (excluidos de la aplicación de la norma de conflicto especial del artículo 6 RRI). Esto es, frente al riesgo de que, en virtud del artículo 3 RRI, el profesional incorpore una cláusula predispuesta que designe como ley aplicable al contrato el Derecho de un país tercero que no garantice el nivel de protección exigido por el legislador europeo en la Directiva 93/13/CEE.

El problema es que el artículo 67.1 TRLGDCU delimita la esfera de aplicación de los artículos 82 a 91 de dicha Ley con un ámbito de aplicación más amplio que el previsto por el artículo 6.2 Directiva 93/13/CEE. En otras palabras, el legislador español ha excedido las directrices del legislador europeo en cuanto al ámbito espacial de la Directiva 93/13/CEE, un aspecto no cubierto por la armonización de mínimos que establece dicha Directiva. En efecto, la transposición defectuosa del artículo 6.2 Directiva 93/13/CEE introduce una restricción unilateral innecesaria a la aplicación del artículo 6 RRI[155], lo que implica que el legislador español incumple las obligaciones derivadas de dicha Directiva. Este exceso en la delimitación especial de la ley española en materia de cláusulas abusivas provoca una antinomia técnicamente inadmisible, que queda patente en la sentencia recurrida. Esto se debe a que la ley elegida es la misma que la ley del país de residencia habitual de los consumidores (la ley inglesa), es decir, la ley de un país que garantiza a los consumidores pasivos la protección ofrecida por la Directiva 93/13/CEE. En efecto, en el caso enjuiciado, la Audiencia Provincial de Málaga excluye la aplicación de la ley inglesa (art. 6 RRI), que garantiza la protección ofrecida por la Directiva 93/13/CEE a los consumidores en el litigio, en favor de la aplicación imperativa de la ley española. Esto se debe a que considera que los contratos litigiosos están comprendidos en el amplio manto de supuestos a los que el artículo 67.1 TRLGDCU ordena la aplicación del artículo 90.3 TRLGDCU, declarando abusivas las cláusulas que establezcan la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad

[154] De Miguel Asensio (2019), pp. 211-212; Garcimartín Alférez (2023), pp. 392-393.

[155] Requejo Isidro (2008), p. 496.

dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza[156]. Por esta razón, se entiende que el artículo 67.1 TRLGDCU debe quedar desprovisto del principio de especialidad que le confiere el artículo 23 RRI en lo que exceda de los objetivos del artículo 6.2 Directiva 93/13/CEE, y ser desplazado por el principio de primacía del Derecho europeo[157], prevaleciendo, en caso de conflicto, las soluciones del artículo 6 RRI[158]. Por ello, una interpretación del artículo 67.1 TRLGDCU conforme al artículo 6.2 Directiva 93/13/CEE, en el caso del presente estudio, impide a los actores invocar la aplicación de los artículos 82 a 91 TRLGDCU como normas internacionalmente imperativas, en la medida en que, en la fecha de celebración de los contratos litigiosos, la ley escogida era la de un Estado miembro de la Unión que garantiza la protección que le ofrece la Directiva 93/13/CEE. Esta misma conclusión se aplica a los contratos celebrados tras el *Brexit*, en la medida en que el nivel de protección exigido por el legislador europeo queda garantizado por la aplicación de la ley de un tercer Estado que ha transpuesto la Directiva.

A la vista de lo anterior, dado que la existencia y la validez de la cláusula de elección de la ley aplicable se rige por la *lex contractus*, en el presente asunto, dicha cláusula quedará condicionada a los requisitos previstos en el Derecho inglés en relación con el control de incorporación y de contenido de las cláusulas predispuestas. En particular, deberá evaluarse, según la ley inglesa, si las cláusulas de elección de la ley aplicable que figuran en las condiciones generales de los contratos litigiosos o en un documento diferenciado al que se remitan los contratos y que haya sido entregado al consumidor, superan el control de inclusión o incorporación al contrato, cumpliendo las exigencias de accesibilidad y cognoscibilidad previstas en dicho ordenamiento. Asimismo, la ley inglesa regulará el control de contenido de las cláusulas predispuestas en cuestión, evaluando su transparencia y si son abusivas o no. Además, establecerá que la falta de transparencia puede llevar directamente a la invalidez de las cláusulas del contrato sin necesidad de evaluar el carácter abusivo. En este contexto, es preciso reseñar que

---

156 Feliu Álvarez de Sotomayor (2015), pp. 22-25.

157 Esteban de la Rosa (2003), p. 162.

158 Como bien indica Espiniella Menéndez (2015), p. 109, en relación con el artículo 90.3 TRLGDCU, que declara como abusivas las cláusulas que establezcan la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza, dicha previsión, que no deriva de la normativa europea armonizada, no puede negar el efecto útil del RRI y, en concreto, no puede impedir la aplicación de sus normas sobre elección de ley aplicable (art. 3 por remisión del art. 6.2 RRI), pues la norma europea (RRI) tiene aplicación preferente frente a las normas de carácter estatal (TRLGDCU).

el TJUE se ha pronunciado en los asuntos *Verein für Konsumenteninformation*[159], y en el propio asunto *Club La Costa*, sobre la cuestión de si una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, en virtud de la cual la ley que rige ese contrato es la del Estado miembro del domicilio social de dicho profesional, es abusiva en el sentido del artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE. En particular, el TS sigue con buen criterio en este punto el razonamiento del TJUE en el asunto *Club La Costa* para rechazar la interpretación efectuada por la sentencia recurrida[160], recordando que el TJUE considera no vinculante para el consumidor por abusiva la cláusula en cuestión cuando induzca a error al consumidor de que se trate, dándole la impresión de que únicamente esa ley se aplica al contrato, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6.2 RRI, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable de no existir esa cláusula[161], a saber, las de la ley del país en el que tenga su residencia habitual. En el asunto *Club La Costa*, similar al litigio del presente trabajo, el TJUE recuerda que el artículo 6.2 RRI dispone que, en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, las partes podrán elegir la ley aplicable a dicho contrato, precisando, no obstante, que esa elección no podrá acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el artículo 6.1 del referido Reglamento, que establece que tal contrato se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual[162]. Por consiguiente, una cláusula de elección de la ley aplicable que no se haya negociado individualmente solo será válida en la medida en que no induzca a error al consumidor de que se trate, dándole la impresión de que únicamente esa ley se aplica al contrato en cuestión, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6.2 RRI, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable de no existir esa cláusula, a saber, las de la ley del país en el que tenga su residencia habitual. Puesto que en los contratos controvertidos se estipula, mediante una cláusula predispuesta, que la ley inglesa es

[159] STJUE (Sala Tercera) de 28 de julio de 2016, as. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, ECLI: EU: C:2016:612.

[160] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-821/21, *Club La Costa*, ECLI: EU: C:2023:672, apdos. 72 a 76.

[161] STJUE (Sala Tercera) de 28 de julio de 2016, as. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, ECLI: EU: C:2016:612, apdo. 71.

[162] STJUE (Sala Octava) de 10 de febrero de 2022, as. C-595/20, *ShareWood Switzerland*, ECLI: EU: C:2022:86, apdos. 15 y 16.

aplicable, y que coincide con la ley del país en el que los actores en el litigio principal tienen su residencia habitual, no hay razón para considerar dicha cláusula como abusiva.

4. SOBRE LA EVENTUAL APLICACIÓN DE LA LEY 14/2012 COMO NORMA INTERNACIONALMENTE IMPERATIVA

En su escrito de oposición al recurso de casación, la parte recurrida solicita la aplicación de la legislación española al fondo del asunto, invocando para ello el carácter imperativo y más protector de las normas de la Ley 4/2012, que regulan el régimen de los derechos de aprovechamiento por turno, vigente cuando se celebraron los contratos litigiosos. Dicho motivo es desestimado por el TS con un razonamiento no del todo coincidente con el que se expone aquí, en relación con el rechazo del carácter de leyes de policía de las disposiciones del Título II de la Ley 4/2012, y la eventual aplicación de las disposiciones del Título I como normas internacionalmente imperativas a los contratos comprendidos en su esfera de aplicación. Como punto de partida, se ha de advertir que el objeto de la cuarta cuestión prejudicial del planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Granadilla de Abona, en el asunto *Diamond Resorts Europe Limited*, en un litigio sobre contratos de aprovechamiento por turno de un inmueble situado en España, versaba precisamente sobre la posible aplicación de la ley española como ley de policía del foro a través del artículo 9.2 RRI. Cuestión sobre la que el TJUE no llegó a pronunciarse, al considerar que el tribunal remitente no le proporcionó los datos suficientes sobre las disposiciones pertinentes de la normativa nacional controvertida, ni tampoco una explicación sobre los aspectos procesales de las obligaciones impuestas por la Ley 42/1998 y la Ley 4/2012, como de las circunstancias que justificarían la salvaguardia de un interés público por parte de tales disposiciones[163].

Como ya se ha indicado, el artículo 9 RRI contiene el régimen aplicable a las leyes de policía, tanto las del foro (artículo 9.2), como las de terceros Estados (artículos 9.3), entendiendo como tales aquellas disposiciones observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según

[163] STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023, as. C-632/21, *Diamond Resorts Europe Limited,* ECLI: EU: C:2023:671, apdos. 78 a 82.

el presente Reglamento. En relación con las primeras, el artículo 9.2 RRI es muy claro al señalar que las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, por lo que el juez español está obligado a aplicar siempre las leyes de policía españolas, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato con arreglo al RRI. Como ha señalado el TJUE[164], las leyes de policía constituyen una excepción al principio general consagrado en el RRI, el principio de libre elección de la ley aplicable por las partes del contrato, y como medida de excepción, el artículo 9 RRI debe interpretarse en sentido estricto. No en vano, el artículo 9.1 RRI condiciona la aplicación de la norma de policía a que la situación litigiosa resulte comprendida dentro de su ámbito de aplicación. Dicha exigencia implica que no todos los contratos relativos al aprovechamiento por turno de bienes inmuebles están sujetos a las disposiciones imperativas de la Ley 4/2012, sino únicamente los comprendidos en su ámbito de aplicación de acuerdo con los criterios espaciales de delimitación establecidos por el legislador español.

En este contexto, la determinación del carácter de normas de policía de las disposiciones de la Ley 4/2012, así como su condición de normas internacionalmente imperativas, queda condicionada al examen de dos disposiciones de DIPr que se encuentran en el Título I y el Título II de dicha Ley: los artículos 17 y 23.8. Cabe señalar que la Ley 4/2012 derogó la anterior Ley 42/1998 para incorporar a nuestro Ordenamiento la Directiva 2008/122/CE. Para ello, el legislador español optó por elaborar un texto unificado que comprende la transposición de la Directiva 2008/122/CE en el Título I, en relación con el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el contrato de producto vacacional de larga duración, el contrato de reventa y el contrato de intercambio. Además, en los Títulos II y III se establece un régimen de protección suplementario que no procede de la Directiva 2008/122/CE, incorporando la Ley 42/1998 en relación con el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, con las adaptaciones requeridas por la referida Directiva. En el Título I se encuentra el artículo 17 Ley 4/2012, que se ocupa de transponer el artículo 12 Directiva 2008/122/CE, estableciendo la delimitación espacial de las disposiciones imperativas contenidas en dicho título con el objetivo de garantizar la protección que ofrece la Directiva en los cuatro contratos mencionados anteriormente, cuando la *lex contractus* sea la de un tercer Estado. La condición del artículo 17

[164] STJUE (Gran Sala) de 18 de julio de 2016, as. C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI: EU: C:2016:774, apdos. 43 y 44.

Ley 4/2012 como norma de transposición de la norma de conflicto de la Directiva 2008/122/CE constituye un dato esencial para su calificación como norma especial de conflicto europea. Esto lleva a interpretar, de manera coherente, que las disposiciones del Título I no tienen el carácter de normas de policía, en la medida en que la eventual aplicación de dichas disposiciones imperativas no será por el cauce de las leyes de policía del foro del artículo 9.2 RRI, sino por la vía del artículo 23 RRI, que confiere el carácter de *lex specialis* a la norma de conflicto contenida en el artículo 12 Directiva 2008/122/CE. Por tanto, el artículo 17 de la Ley 4/2012 tiene el carácter de norma especial de conflicto frente a las normas generales de conflicto del RRI.

En efecto, bajo el título «Carácter imperativo de la Directiva y aplicación en casos internacionales», el artículo 12 Directiva 2008/122/CE establece que: «1. Los Estados miembros velarán por que, si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no pueda renunciar a los derechos que le confiere la presente Directiva. 2. Si la normativa aplicable fuera la de un tercer país, el consumidor no quedará privado de la protección que le otorga la presente Directiva, tal como la aplique el Estado miembro del foro: –si alguno de los bienes inmuebles en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro, o– en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades». Al analizar esta disposición y relacionarlas con las normas de conflicto del RRI, resulta evidente que el objetivo de la disposición difiere del que le atribuye el TS en el caso enjuiciado[165]. Según el TS, la finalidad del artículo 12 Directiva 2008/122/CE es garantizar la protección derivada de la referida Directiva cuando, por aplicación del artículo 6 RRI, sea aplicable la ley de un Estado no miembro[166]. Sin embargo, interpretar así su objetivo haría que el artículo 12 Directiva 2008/122/CE pierda el carácter especial que le confiere el artículo 23 RRI, al no proporcionar una solución contraria o distinta a la dispuesta por la norma de conflicto del artículo 6 RRI. Esto se debe a que el consumidor pasivo ya está protegido por el principio

[165] Núm. 4 del F. J. 7.º Esta interpretación tiene cabida en el ámbito del artículo 5 CR, en el que, como se ha indicado, tiene difícilmente cabida los contratos de aprovechamiento por turno.

[166] En esta misma dirección, considerando que el objetivo de dicho precepto es garantizar la protección de la Directiva cuando la ley aplicable al contrato sea, en aplicación del artículo 6 RRI, la ley de un tercer Estado, Carrascosa González (2013), p. 282, y Añoveros Terradas (2024), p. 13.

de mayor favorabilidad previsto en el artículo 6.2 RRI, y la elección del Derecho de un tercer Estado no puede conllevar la pérdida de la protección que le ofrecen las normas imperativas de la ley de su residencia habitual.

Desde esta perspectiva, el objetivo del artículo 12 Directiva 2008/122/CE es garantizar la protección que ofrece la Directiva a los consumidores activos que forman parte de un contrato intracomunitario, frente a los riesgos derivados de la aplicación del Derecho de un tercer Estado menos protector, como consecuencia de la aplicación del régimen general de conflicto de leyes de los artículos 3 (autonomía conflictual) y 4 (ley del país de la residencia habitual del prestador de servicios) del Reglamento[167]. Por ello, cuando el artículo 17 Ley 4/2012 establece que, en el caso de que la ley aplicable al contrato entre un empresario y el consumidor adquirente de derechos de aprovechamiento por turno sea, conforme al RRI, la ley de un tercer Estado, la expresión «con arreglo al Reglamento» debe entenderse a las normas generales de conflicto previstas en los artículos 3 y 4: «En el caso de que la ley aplicable al contrato entre un empresario y el consumidor adquirente de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de productos vacacionales de larga duración, de reventa o de intercambio, sea, con arreglo al Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), la ley de un Estado no miembro del Espacio Económico Europeo, el consumidor podrá invocar la protección jurídica que le otorga la presente Ley, en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando alguno de los inmuebles en cuestión esté situado en el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. b) Cuando el contrato, no estando directamente relacionado con un bien inmueble, lo esté con las actividades que el empresario ejerza en un Estado miembro o que tengan proyección en un Estado miembro».

Por ejemplo, consideremos el caso de un consumidor residente en Italia que se traslada de vacaciones a España y firma un contrato de aprovechamiento por turno con la sucursal de una sociedad domiciliada en las Bahamas, la cual dirige su actividad comercial exclusivamente a España. Si lo tribunales españoles conocieran del litigio, la ley aplicable sería la de un tercer Estado, al quedar sometido el contrato al régimen general de los artículos 3 y 4 RRI. En este caso, si se trata de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y el inmueble situado en un Estado miembro, o si se trata de derechos de aprovechamiento por turno de bienes

[167] Garcimartín Alférez (2023), p. 391.

de uso turístico y el contrato está relacionado con las actividades que el empresario ejerce en un Estado miembro, el consumidor italiano podría invocar, en aplicación del artículo 17 de la Ley 4/2012, la protección que ofrecen las disposiciones contenidas en el Título I, siempre que la *lex contractus* no garantice los estándares de protección de la Directiva 2028/122/CE. En tal caso, las disposiciones del Título I de la Ley 4/2012 se aplicarían como normas internacionalmente imperativas a través del artículo 23 RRI. Sin embargo, estas no se aplican en situaciones como las del litigio en estudio, ya que al ser la ley aplicable la de un país (ley inglesa) que ha transpuesto la Directiva 2008/122/CE, el propio artículo 6 RRI garantiza el nivel de protección exigido por el legislador europeo sin necesidad de recurrir a la norma unilateral prevista en el artículo 17 Ley 4/2012. Esto implica que las disposiciones del Título I no deben calificarse como leyes de policía según los términos del artículo 9 RRI[168], ni como normas internacionalmente imperativas en dicho litigio. Además, dado que la Directiva 2008/122/CE es un instrumento de armonización plena o máxima, queda fuera del alcance de la doctrina del TJUE en el asunto *Unamar*[169], que se circunscribe a ámbitos armonizados por directivas de mínimos. Según esta doctrina, la ley del Estado miembro elegida por las partes en un contrato puede ser desplazada por las normas internacionalmente imperativas de la *lex fori*, cuando estas conceden una protección más amplia que la prevista en la correspondiente directiva.

Por su parte, el artículo 23.8 Ley 4/2012 se encuentra en el Título II, que no deriva de la Directiva 2008/122/CE, bajo el título «Normas especiales sobre el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico». Esta disposición admite «la validez de cualquier otra modalidad contractual de constitución de derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo, que tenga por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación, constituidas al amparo y en los términos contenidos en las normas de la Unión Europea, en particular, en el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y en los convenios internacionales en que España sea parte. A todas estas modalidades contractuales les será de aplicación lo dispuesto en el Título I de esta Ley». En esencia, este precepto no añade nada nuevo a lo ya

[168] Torralba Mendiola (2012), p. 68.

[169] STJUE (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013, as. C-184/12, *Unamar*, ECLI: EU: C:2013:663, apdo. 52.

mencionado, sino que recuerda la posibilidad de constituir una modalidad contractual de derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo conforme a una ley distinta de la española, aunque el inmueble esté situado en España, siempre que se garanticen los niveles de protección de la Directiva 2008/122/CE[170]. Esta posibilidad era impensable bajo el régimen de la derogada Ley 42/1998, debido a lo dispuesto en su disposición adicional segunda: «Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración». La prohibición de la disposición adicional segunda de la Ley 42/1998 de configurar el derecho de aprovechamiento por turno de los bienes inmuebles situados en España bajo un régimen distinto del modelo de constitución como derecho real limitado, salvo si se optaba por la modalidad de arrendamiento de temporada de bienes inmuebles vacacionales, contravenía las disposiciones del CR y el RRI[171], en la medida en que impedía cualquier otra modalidad

[170] El último inciso del artículo 23.8 Ley 4/2012 («A todas estas modalidades contractuales les será de aplicación lo dispuesto en el Título I de esta Ley») permite realizar dos lecturas diferentes, pero con resultados no excluyentes entre sí. La primera interpretación llevaría a concluir con toda coherencia, si se analiza dicho inciso conjuntamente con el resto del contenido de la propia disposición [«constituidas al amparo y en los términos contenidos en (…) el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales»], que la intención de esta disposición se limita, clara y llanamente, a admitir cualquier modalidad contractual constituida conforme a la ley extranjera declarada aplicable por las normas de conflicto del RRI, siempre que esta garantice los niveles de protección de la Directiva 2008/122/CE. No obstante, la funcionalidad del precepto no se agota con esta lectura, en la medida en que cabe también una segunda interpretación, no incompatible con la anterior, que permite entender que el precepto faculta a las partes, en el ejercicio de la autonomía material (en el sentido del art. 1255 CC), para constituir un modelo contractual o asociativo (incluso un modelo real, considerando que el artículo 23.7 Ley 4/2012 contraviene el Derecho europeo) distinto del modelo legal previsto en el Título II, sin más límites que los fijados por las normas imperativas previstas en el Título I. Esta segunda lectura habilita la incorporación por vía de la autonomía material de los modelos de constitución previstos en otros ordenamientos sin pasar por la vía de la aplicación de un Derecho extranjero. La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de febrero de 2021 parece confirmar este segunda lectura: «cabe concluir que nos encontramos ante un contrato de los previstos en el artículo 23.8 de la Ley 4/2012, por el que, en definitiva, se adquieren, de conformidad a la ley inglesa, reguladora del club en que se integran, unos puntos canjeables anualmente por el derecho a ocupar durante una o varias semanas unos apartamentos dentro de los complejos turísticos que se ofertan, u otra serie de servicios turísticos, no pudiendo apreciarse la existencia de contratos de adquisición de un derecho real sobre un inmueble. Sobre tal base, sin que efectivamente se cuestione por los actores ni quepa analizar de oficio las normas que regulan el club inglés, sólo cabe entrar a examinar si el contrato, en tanto generador de derechos de ocupación temporal sobre bienes inmuebles de uso turístico, cumple los requisitos del Título I de la Ley 4/2012 y con el anexo I de la misma, quedando debidamente acreditado por la documental aportada, incluso por los actores, el cumplimiento de tales requisitos, sin que, en consecuencia, se aprecie causa de nulidad alguna. No son apreciables los requisitos denunciados por los actores referentes a los contratos sometidos al Título II de la Ley» (FJ 6.º).

[171] Véase Carrasco Perera (2012), p. 47; González Carrasco (2012), p. 11.

contractual de constitución del derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo conforme a un Derecho extranjero[172].

Para evitar la incompatibilidad del régimen de la Ley 42/1998 con el sistema conflictual del CR y del RRI, el legislador español introdujo a través del artículo 23.8 Ley 4/2012, una va intermedia.

[172] El TS se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la modalidad asociativa empleada bajo el sistema de origen anglosajón de los contratos de tipo flotante, declarando la nulidad de tales contratos, siendo significativa a estos efectos la STS (Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno) núm. 16/2017 de 16 de enero de 2017 (RJ\2017\22), también en un litigio entre partes domiciliadas en el Reino Unido: «3.– Del propio enunciado contractual antes reseñado, se desprende que, en realidad, estamos ante un contrato por el que se constituye un derecho, sin expresión de su carácter real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumple su regulación normativa en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Materializándose así el presupuesto contemplado en el artículo 1.7 de la propia Ley 42/1998, conforme al cual, son también objeto de la misma los contratos por virtud de los cuales se constituya o transmita cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año. Al que, como veremos, se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión. 4.– A pesar de que la Directiva 94/47/CEE no imponía una determinada modalidad contractual ni una concreta configuración jurídica para el derecho de aprovechamiento por turno transmitido, la Ley 42/1998 no acogió la pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (salvo si se optaba por la modalidad de arrendamiento de temporada de bienes inmuebles vacacionales a que se refiere el art. 1.6), y había de sujetarse imperativamente (incluso en esta otra modalidad) a lo dispuesto en la Ley. Así, *prima facie*, conforme a los artículos 1.1 y 1.2 de la Ley 42/1998, según el contenido objetivo del contrato antes transcrito, el mismo no supondría la constitución de un derecho real sobre un bien inmueble concreto y diferenciado. Pero si atendemos a lo dispuesto en los apartados 5 y 7 del mismo artículo 1, debemos concluir que la citada Ley resulta aplicable al contrato litigioso, por cuanto el artículo 1.5 establece que "lo dispuesto en la presente Ley se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno"; y el contrato de que se trata es claro que se refiere a la comercialización de un peculiar aprovechamiento por turno. Y fundamentalmente, porque el artículo 1.7 incluye en su ámbito de aplicación al contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año. A su vez, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el mencionado artículo 1.7 sanciona con la nulidad de pleno derecho los contratos a los que se refiere, y el que nos ocupa no solo no se adapta a la Ley 42/1998, sino que, como bien se dice en la sentencia de primera instancia, la infringe en diversos aspectos, referidos a sus artículos. 10, 11 y 12. En su virtud, al ser consecuencia ineludible de lo expuesto la nulidad del contrato litigioso, debe estimarse el primer motivo de casación, al haber infringido la sentencia recurrida el artículo 1.7 de la Ley 42/1998». En el mismo sentido, STS (Sala Primera, de lo Civil), núm. 35/2018 de 24 de enero de 2018 (RJ\2018\243), FJ 3.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 108/2018 de 1 de marzo de 2018 (RJ\2018\761), FJ 7.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 119/2018 de 6 de marzo de 2018 (RJ\2018\870), FJ 5.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 121/2018 de 7 marzo de 2018 (RJ\2018\935), FJ 3.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 133/2018 de 7 de marzo de 2018 (RJ\2018\871), FJ 6.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 231/2018 de 20 de abril de 2018 (RJ\2018\1754), FJ 5.º; STS (Sala Primera, de lo Civil), núm. 378/2018 de 20 de junio de 2018 (RJ\2018\2671), FJ 5.º; STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 518/2019 de 4 de octubre de 2019 (RJ\2019\4047), FJ 3.º.

Esta consistente en regular detalladamente el derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo su configuración como una variante del arrendamiento de temporada, y en admitir también cualquier otra modalidad contractual de constitución del derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo, conforme a una ley extranjera. Sin embargo, esta apertura ha sido más aparente que real, debido en gran parte al apartado 7 del artículo 23 Ley 4/2012, que declara nulo de pleno derecho cualquier contrato que constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por un periodo superior a un año y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen del Título II, con la única excepción de lo previsto en el numeral 8 del artículo 23 Ley 4/2012. A pesar de lo dispuesto en el inciso final del apartado 7 del artículo 23 Ley 4/2012 («con la sola excepción de lo dispuesto en el apartado siguiente»), la práctica de nuestros tribunales en litigios sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles situados en España, en su modalidad de suscripción de puntos de club, muestra una fuerte tendencia a atribuir al modelo legal español de las disposiciones del Título II el carácter de ley de policía. Esto conlleva la nulidad de pleno derecho de cualquier otra modalidad contractual constituida conforme a una ley distinta a la española.

En este contexto, las audiencias provinciales han declarado en reiteradas ocasiones la nulidad de los contratos de tipo flotante, aplicando directamente las disposiciones del Título II de la Ley 4/2012 y haciendo caso omiso de las normas de conflicto del RRI[173]. Un ejemplo de esta posición es la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de junio de 2023, que toma como referencia la sentencia de Pleno del TS de 16 de enero de 2017: «si bien la misma se refería a la aplicación de la Ley 42/98 por ser los contratos de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 4/2012, lo que no ocurre en el caso de autos en que el contrato celebrado lo es en octubre de 2016. Pero en cualquier caso, en aquella sentencia dejaba claro el Tribunal Supremo que la misma finalidad tenía la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio (…), que traspuso a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2008/122/CE (…). Y decía el Tribunal Supremo en aquella sentencia que un contrato en el que "no se adquiría simplemente la prestación de unos servicios (lo que se conoce como paquete vacacional), sino la integración en una comunidad (membresía), mediante el abono de una cuota de entrada y de

[173] Véase en este sentido la SAP de Las Palmas (Sección 5.ª) núm. 573/2019 de 5 de diciembre de 2019 (JUR\2020\97241); la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) núm. 157/2019 de 22 de abril de 2019 (JUR\2019\234213) y la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) núm. 6/2020 de 22 de enero de 2020 (JUR\2020\137206).

cuotas periódicas de mantenimiento, parece evidente que sí estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia (…)". En definitiva, el contrato de autos resulta nulo por contravenir lo dispuesto en los artículos 23.2 y 30 por falta absoluta de determinación de su objeto». La doctrina anterior es aplicable al caso de autos en el que las partes firman el contrato en fecha 27 de marzo de 2014, luego está sometido a la Ley 4/2012, adquiriendo 2630 puntos fraccionados y atribuyéndoles 3 semanas en el Resort»[174]. No obstante, también existen resoluciones de las audiencias provinciales que, en supuestos prácticamente idénticos al anterior, han declarado la nulidad de contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en su modalidad de suscripción de puntos de club, de forma sorprendente, por aplicación del Título II de la Ley 4/2012 en virtud del artículo 10.1 CC, que determina la ley aplicable a los derechos reales inmobiliarios, y, por ende, la ley del lugar donde se halle el bien inmueble[175].

---

[174] SAP de Málaga (Sección 4.ª) núm. 448/2023 de 26 de junio de 2023 (JUR\2023\363431), FJ 5.º.

[175] En este sentido, la SAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 627/2023 de 24 octubre de (2023 JUR\2024\77877), FJ 6.º: «Contemplándose como objeto del contrato la división temporal del derecho al uso de un bien inmueble que radica en España, que se en halla situado en territorio español, la ley aplicable es en todo caso la vigente ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, vigente cuando se suscribió, dado que con arreglo al artículo 10 del Código Civil «La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen». Siendo de aplicación la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, que traspuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/122/CE, nos encontramos que en el referido contrato existe una falta absoluta de determinación de su objeto, con vulneración de lo establecido en el artículo 23.2, puesto que ningún caso el derecho de aprovechamiento adquirido recae sobre un alojamiento concreto ni se especifica el período determinado de utilización. Esa indeterminación se hace patente cuando refleja el deseo de disfrute de un «sistema flexible» para reservar las vacaciones en «a nivel mundial» resultando que los derechos de uso exclusivo adquiridos (derechos fraccionados), que son equivalentes a los puntos fraccionados, no transfieren ni otorgan el derecho de uso sobre ninguna propiedad concreta, resultando que lo adquirido se concretaría en la cuota indivisa de propiedad sobre un inmueble, la propiedad asignada de un complejo del que no se tiene referencia registral, resultando que al amparo de lo establecido en el apartado 7.º, el contrato sería nulo de pleno derecho por desconocerse con precisión cual fuese su objeto, no apareciendo tampoco con el contenido mínimo a que se refiere el artículo 30 de dicha ley. No puede, en definitiva, estimarse en modo alguno que el objeto del contrato esté determinado conforme a las prescripciones legales, no pudiendo concretarse a que meses se corresponde ese régimen flexible respecto del que no constan las bases para determinarlo, no sabiéndose en definitiva que era lo que se adquiría, sin que existiese un objeto estable y seguro como lugar estable, para disfrutarlo a la firma del contrato. Se produce en todo caso en el supuesto contemplado: 1.ª/Falta de determinación del objeto sobre el cual recaen los derechos trasmitidos, con vulneración de los artículos 11, 23.2, y 30 de la ley 4/2012, y con vulneración de los artículos 1256 y 1261 del código civil, en conexión con el artículo 23.7. 2.ª/Vulneración del artículo 23.4 de la ley 4/2012, en relación con el artículo 23.7, al recoger la prohibición de vincular el derecho de aprovechamiento por turno a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse

A la vista de lo expuesto, y con argumentos poco acertados, las resoluciones de las audiencias provinciales han atribuido en reiteradas ocasiones el carácter de leyes de policía a las disposiciones del Título II de la Ley 4/2012. Más allá de la cuestionable técnica jurídica, se debe reseñar que, dado que los numerales 7 y 8 del artículo 23 Ley 4/2012 no derivan de la Directiva 2008/122/CE, el artículo 23 RRI no interviene como cauce técnico para la aplicación de las disposiciones del Título II a todas las situaciones comprendidas en su esfera de aplicación (contratos aprovechamiento por turno de inmuebles de naturaleza real). La vía para la aplicación de las disposiciones del Título II de la Ley 4/2012 se encuentra en el artículo 9.2 RRI, que habilita la aplicación de tales disposiciones en su condición de normas de policía, desplazando a la ley declarada aplicable en virtud de los artículos 3 y 4 RRI[176], en el caso de que el contrato sea celebrado por un consumidor activo, o del artículo 6 RRI, en el caso de que sea celebrado por un consumidor pasivo. Sin embargo, en lo que respecta a la contratación con consumidores, la aplicación de las disposiciones del Título II como normas de policía resulta una opción técnicamente inadmisible y contraria al Derecho europeo. La pretensión de los numerales 7 y 8 del artículo 23 Ley 4/2012 de no dejar operar a las normas de conflicto del RRI en la configuración del derecho de aprovechamiento por turno bajo el modelo de derecho real, atribuyendo en tales casos el carácter de normas de policía a las disposiciones del Título II, resulta incompatible con el principio de primacía del Derecho europeo. Esto también se aplica a la atribución del carácter de leyes de policía a las formas contractuales españolas frente a cualquier modalidad contractual de constitución del derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo. Una norma de DIPr de producción estatal, como la que resulta de los numerales 7 y 8 del artículo 27 Ley 4/2012, sin la cobertura formal de norma de transposición, no pueda establecer unilateralmente límites a la aplicación de un instrumento de

---

multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra «propiedad». «Es por ello que por este solo motivo cabe la nulidad del contrato, tal y como se establece en la sentencia dictada y ello sin perjuicio de concurrir otros motivos, como la duración indeterminada a la que nos referiremos al estudiar los motivos sobre la condena dineraria por cuanto resultan innecesarios para la pretensión de nulidad deducida». A este respecto, véase la nota a pie de página, en relación con la diferencia entre la ley aplicable a la validez del contrato y la ley aplicable a la constitución del derecho real inmobiliario.

[176] La solución de los numerales 7 y 8 del artículo 23 Ley 4/2012 se compadece con la conexión prevista en la letra c) del artículo 4 RRI, que establece que, a falta de elección, la ley aplicable al contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble, en la medida en que la ley española será aplicable a cualquier contrato de aprovechamiento por turno sobre un bien inmueble situado en España. Sin embargo, limita la actuación del RRI en la medida en que impide una eventual aplicación de la cláusula de los vínculos más estrechos prevista en el artículo 4.3 RRI.

DIPr europeo[177], so pena de vulnerar el TUE. Esto significa que, en el marco de la contratación internacional con consumidores[178], ya sea en contratos que constituyan o transmitan un derecho real, o en contratos de naturaleza personal o asociativa, las partes tienen libertad para pactar la ley aplicable y constituirlos conforme al ordenamiento extranjero escogido, sin que la norma española pueda limitar esta posibilidad[179], siempre y cuando la *lex contractus* garantice los niveles de protección de la Directiva 2008/122/CE.

---

[177] Torralba Mendiola (2012), p. 65.

[178] Las conclusiones a las que se llega en el marco de la contratación con consumidores personas físicas no son extensibles a los contratos entre empresarios y personas jurídicas adquirientes de derechos de aprovechamiento por turno. Como ha señalado la STJUE (Sala Primera) de 2 de abril de 2020, as. C-329/19, *Condominio di Milano*, ECLI: EU: C:2020:263, apdo. 34, la aplicación de las disposiciones de las directivas europeas a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión, por lo que los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la Directiva 2008/122/CE a las personas jurídicas o físicas que no sean consumidores en el sentido de esta. A este respecto, conviene recordar que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1.3 y 23.5, las disposiciones del Título I y el Título de la Ley 4/2012 también se aplican para proteger a las personas jurídicas adquirientes de derechos de aprovechamiento por turno. Sin embargo, no debe perderse de vista que las normas estatales dictadas al margen de las directivas comunitarias, que extienden las soluciones de las directivas a supuestos no comprendidos en el ámbito de aplicación de aquellas, carecen del rango de normas europeas que sí poseen esas mismas disposiciones cuando el adquiriente es un consumidor persona física. Esto supone que, cuando el adquiriente es una persona jurídica, las disposiciones imperativas del Título I de la Ley 4/2012 quedan fuera del manto de la norma de conflicto especial prevista en el artículo 12 Directiva 2008/122/CE, y, por tanto, del principio de especialidad del artículo 23 RRI. Por ello, en el caso de que la ley aplicable al contrato de aprovechamiento por turno sobre un bien inmueble situado en España entre un empresario y una persona jurídica adquiriente de derechos de naturaleza personal o asociativa sea la ley de un Estado no miembro del EEE, el cauce técnico para la invocación por la persona jurídica adquiriente de las disposiciones del Título I de la Ley 4/2012, en los supuestos descritos en las letras a) y b) del artículo 17 Ley 4/2012, no será el del artículo 12 Directiva 2008/122/CE (ni, por tanto, el art. 23 RRI), sino el de las leyes de policía del artículo 9.2 RRI. Esta misma vía permitirá también a la persona jurídica adquiriente invocar el artículo 23.7 Ley 4/2012 a los efectos de declarar nulo de pleno derecho un contrato por virtud del cual se constituya otro derecho real por tiempo superior a un año y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de las disposiciones del Título II de dicha Ley. En contratos celebrados con personas jurídicas adquirientes de tales derechos, está justificado que las normas contenidas en la Ley 4/2012 reciban la calificación de leyes de policía, en el sentido del artículo 9.2 RRI, con la consecuencia de que deban ser aplicadas necesariamente por los tribunales españoles cualquiera que fuese la ley aplicable conforme el propio RRI (excepcionando el principio general de autonomía de la voluntad de la que parte dicho Reglamento) por constituir disposiciones imperativas cuya observancia se considera en nuestro país esencial para la salvaguardia de nuestros intereses públicos, tales como nuestra organización política, social y económica.

[179] Cuestión distinta, como muy bien señala Torralba Mendiola (2012), p. 66, es que para que se produzca efectivamente la constitución o transmisión del derecho sea necesario cumplir con las reglas de lugar de situación de inmueble (*lex rei sitae*), de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.1 CC. Se trata de dos esferas materiales diferentes: la validez de un contrato sólo puede decidirse por la ley aplicable al mismo y ésta es aquella a la que nos conducen las reglas expuestas; que dicho contrato pueda producir, además, efectos reales y cuáles sean éstos lo determina la ley de situación del bien sobre el que recaigan tales derechos. Si el bien está situado en España la ley española determinará los requisitos necesarios para la constitución, transmisión, etc., del

En definitiva, en el marco de los contratos litigiosos del presente estudio, los actores adquieren, conforme a la ley inglesa que regula el club en que se integran, unos puntos canjeables anualmente por el derecho a ocupar durante una o varias semanas unos apartamentos dentro de los complejos turísticos ofertados, u otra serie de servicios turísticos, no pudiendo apreciarse la existencia de contratos de adquisición de un derecho real sobre un inmueble. Por lo tanto, nos encontramos ante contratos de naturaleza personal o de tipo asociativo que tienen por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación. Estos contratos, como indica el artículo 23.8 Ley 4/2012, pueden ser constituidos al amparo y en los términos de las normas de conflicto contenidas en RRI, y, más en particular, conforme a lo previsto por el artículo 6 RRI[180]. En definitiva, como bien señala el TS en el presente caso, en la medida en que el artículo 23.8 Ley 4/2012 deja a salvo la validez de las fórmulas contractuales que sean válidas conforme a la ley aplicable de acuerdo con el RRI, esto es difícilmente compatible con la atribución a las fórmulas contractuales españolas del carácter de leyes de policía que pretende la parte recurrente. Por las razones expuestas, el TS concluye que la recurrente en casación tiene razón en cuanto a que la ley aplicable a los contratos litigiosos, de acuerdo con las normas de conflicto aplicables, es la inglesa. Esta solución ha sido también acogida por la Audiencia Provincial de Málaga tras el cambio de criterio en aplicación de las sentencias *Club La Costa* y *Diamond Resorts Europe Limited*[181].

---

derecho de aprovechamiento por turno con carácter real, pero eso no significa que el ordenamiento español, como ley del Estado de situación del inmueble, deba determinar también los aspectos contractuales de la cuestión. De este modo, el contrato puede ser válido de acuerdo con el ordenamiento que lo rige y generar entre las partes derechos y obligaciones derivados de él, que éstas pueden reclamarse recíprocamente y, sin embargo, no producir efectos reales porque la ley del estado de situación del bien así lo establece. A este respecto, antes de la Ley 42/1998, véase también Carrascosa González (1992), p. 768.

[180] En esta misma dirección, justificando la validez de un contrato celebrado bajo la Ley 42/1998 en el respeto a las obligaciones derivadas del artículo 6 RRI, la SJPI núm. 2 de Gradilla de Abona de 29 de octubre de 2024 (JUR\2024\437515), FJ 2.º, señala: «concurriendo los requisitos del artículo 6.1 del Reglamento Roma I, se concluye que la ley aplicable es la ley inglesa, ya que no existen razones de orden público ni de interés nacional para considerar prevalente la DA 2.ª de la Ley 42/1998 sobre el Reglamento Roma I».

[181] Véase el Acuerdo de 29 de enero de 2024 adoptado por la Sala de Gobierno del TSJA en Acta de Plenillo núm. 1/2024, Expediente relativo a Plenillo de Magistrados de Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Málaga, celebrado el día 28 de noviembre de 2023, respecto de unificación criterios entre las distintas secciones de la Audiencia sobre las cuestiones relativas a la competencia de nuestros Tribunales y ley aplicable en los asuntos de Club La Costa y similares, en aplicación de la reciente sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2023 resolviendo la cuestión prejudicial planteada (disponible en https://abogaciademalaga.es/wp-content/uploads/2024/06/Unificacion-crit.-civiles.pdf).

5. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

Finalmente, en el recurso de casación, la representación procesal de la parte recurrente (sociedad británica) solicita al TS que case la sentencia impugnada, al considerar que la demanda se fundamenta en un Derecho que no es de aplicación. Pide al TS que asuma la instancia y resuelva con arreglo a la ley inglesa pactada por las partes, desestimando en su totalidad la demanda interpuesta por los consumidores británicos. Por su parte, la representación procesal de los consumidores ingleses se opone de manera subsidiaria al recurso de casación, alegando, en la misma dirección que el Ministerio Fiscal, la aplicación de la ley española debido a que la recurrente no ha acreditado el contenido y vigencia de la ley inglesa, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 29/2015[182] (en adelante, LCJIMC) y en el artículo 281.2 LEC. En este sentido, cabe señalar que, en nuestro Derecho positivo, la relación entre las normas de conflicto y el régimen procesal del Derecho extranjero está establecida por el artículo 12.6 CC, el artículo 281.2 LEC y el artículo 33.2 LCJIMC[183]. El TS recuerda que el artículo 12.6 CC proclama con toda claridad la imperatividad de las normas de conflicto del Derecho español (de origen interno, convencional internacional, o procedentes de la Unión Europea)[184], que deben aplicarse de oficio, lo que implica que el juez debe resolver el litigio de acuerdo con la ley designada por las normas de conflicto aplicables. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el Derecho español, el principio *iura novit curia* no se extiende al Derecho extranjero[185]. Los jueces no están

[182] Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (*BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015).

[183] Garcimartín Alférez (2023), p. 248.

[184] Núm. 2 del FJ 8 de la sentencia del TS. En realidad, como bien señala Arenas García (2024), p. 341, el artículo 12.6 CC solamente sería relevante para las normas de conflicto de origen interno, puesto que la imperatividad de las normas de origen internacional, entre las que se incluyen las producidas en la Unión Europea, resulta del carácter obligatorio de los instrumentos internacionales o europeos; es decir, aunque el artículo 12.6 CC estableciera algo distinto de lo que ahora es su contenido, esto no afectaría a la obligación de aplicar la norma de conflicto de origen europeo.

[185] Espinar Vicente y Paredes Pérez (2018), p. 297. En el caso enjuiciado el principio *iura novit curia* justifica el rechazo por el TS del dictamen que acompaña la parte recurrida a sus alegaciones, elaborado por un profesor universitario sobre la doctrina del TJUE acerca de la competencia judicial internacional y la ley aplicable en materia de contratos de tiempo compartido, tras los asuntos *Club La Costa y Diamond Resorts Europe Limited*,: «(…) el dictamen presentado no se dirige a probar el derecho inglés, sino a expresar una opinión sobre el derecho español y europeo que debe aplicar el tribunal tanto en materia de competencia judicial como de determinación de la ley aplicable, de acuerdo con la doctrina del TJUE. La sala rechaza que un dictamen sobre sobre la interpretación del derecho español o de la Unión Europea que debe aplicar el tribunal pueda ser tomado

obligados a conocer ni su tenor literal, ni su vigencia, ni cómo operaría en relación con el caso que se somete a su conocimiento. Por ello, desde el punto de visa procesal, el Derecho extranjero, aun siendo Derecho[186], es objeto de prueba. Así lo establece el artículo 281.2 LEC: «El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». Es decir, corresponde a la parte interesada probar el Derecho extranjero, y a partir de ahí el juez podrá valerse de cuantos medios de averiguación estime necesario para su aplicación, hasta comprobar la veracidad de su contenido y vigencia, y cómo operaría en relación con el caso que se somete a su conocimiento. De este modo, como señala el preámbulo de la LCIMC, 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[187].

Hasta la entrada en vigor de la LCJIMC, no había una respuesta expresa en nuestro sistema sobre qué sucede cuando las partes no cumplen con la carga de probar el Derecho extranjero. El numeral 3 del artículo 33 LCJIMC aborda esta cuestión en los siguientes términos: «Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español». El numeral 5 de la Exposición de Motivos aclara que solución de la aplicación subsidiaria de la *lex substantialis fori* es algo excepcional, que solo ocurrirá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero, sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. En el caso enjuiciado, la Sala recalca que el artículo 33.3 LCJIMC solo establece una solución expresa para los casos en que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Es decir, la aplicación sustitutoria del Derecho español en caso de falta de prueba del Derecho extranjero no debe ser la norma general[188],

como prueba pericial ni como ninguna otra clase de prueba, so pena de conculcar el principio *iura novit curia*. Con independencia de la competencia profesional de su autor, un informe de tal clase no deja de recoger una opinión emitida por encargo de una de las partes que bien puede, si quiere, hacerla suya como propia argumentación jurídica en su escrito de alegaciones, pero que es inadmisible como prueba, al referirse al Derecho español o de la Unión Europea, que no pueden ser objeto de pericia» (FJ 4.º, núm. 4).

186 Buchhalter Moreno (2024), p. 1864.

187 Garcimartín Alférez (2023), p. 248.

188 Siguiendo a Calvo Caravaca y Carrascosa González (2025), pp. 5-6, la tesis de la aplicación sustantiva del Derecho material español infringe el carácter imperativo de las normas de conflicto establecido en el artículo 12.6 CC, genera inseguridad jurídica, es contraria al principio dispositivo que inspira el proceso civil y laboral, favorece

sino que realmente debe tratarse como algo excepcional. Para estos casos excepcionales, la previsión legal de la excepcionalidad de la aplicación del Derecho español enlaza con la anterior jurisprudencia del TC[189], conforme a la cual, desde el punto de vista constitucional, la aplicación del Derecho español se contempla como una posibilidad dirigida a evitar una denegación de justicia que podría ser injustificada si se desestimara la demanda.

En el caso enjuiciado, el TS procede a estimar el recurso de casación al considerar que la parte demandante pretendía la declaración de nulidad de unos contratos con apoyo en el Derecho español cuando, de conformidad con las normas de conflicto imperativamente aplicables (artículo 12.6 CC), era aplicable al fondo del asunto el Derecho inglés. A partir de lo anterior, asume la instancia y desestima la demanda, sosteniendo que la pretensión ejercida por

---

conductas antijurídicas y evasivas de la Ley por parte de litigantes que actúan de mala fe, produce una desnaturalización de la solución legal con resultados inadecuados e injustos y sus presuntos argumentos de fondo, como la vocación general para regular todos los casos de Derecho privado (ya sea interno o internacional), resultan obsoletos.

[189] Núm. 2 del FJ 8 de la sentencia. Por eso, señala la Sala Primera, las decisiones del TC en los casos en los que el Derecho extranjero no ha sido probado no han sido idénticas: «Así, la STC 10/2000, de 17 de enero de 2000, estimó el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 CE) frente a la sentencia que desestimó la demanda de separación matrimonial por falta de acreditación del Derecho armenio aplicable en un caso en el que, ante las alegaciones de dificultad probatoria del Derecho armenio manifestadas por la parte como consecuencia de la situación política vivida en su país, el tribunal ordenó una comisión rogatoria que terminó con un informe sobre unas materias que nada tenían que ver con lo solicitado pero, antes de que se devolviera la segunda comisión rogatoria, rechazó sin motivación suspender la vista y dictar sentencia desestimatoria. La estimación del recurso de amparo determinó la nulidad de la sentencia y la retroacción de actuaciones para que se procediera a la práctica de la prueba de Derecho extranjero que había quedado frustrada por la actuación del propio tribunal. También estimó el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva la STC 33/2002, de 11 de febrero de 2002, frente a la sentencia que declaró inadmisible la demanda y no entró en el fondo de la pretensión por apreciar como óbice la falta de prueba del Derecho extranjero, cuando al ser la demandada la que había invocado el Derecho inglés era a ella a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia. En este caso la estimación del recurso de amparo determinó la nulidad de la sentencia y la retroacción de actuaciones al momento anterior a su dictado para que el órgano judicial resolviera sobre el fondo de la pretensión ejercitada en el proceso. Cuando ha sido la parte demandante quien ha invocado el Derecho extranjero como fundamento de su pretensión, pero sin acreditar su vigencia y contenido, y pretende que se estime su pretensión conforme al Derecho español, el TC ha considerado que no procedía estimar el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia que rechaza aplicar el Derecho español. En este sentido, el ATC 422/2004, de 4 de noviembre de 2004, considera que la resolución recurrida razona de manera lógica y jurídica que es la falta de acreditación por la parte demandante del contenido de la ley extranjera (turca) en la que fundamenta su pretensión la razón por la que el tribunal no puede conocer y resolver sobre el derecho reclamado fundado en tal legislación extranjera, por lo que hay motivación suficiente sin indefensión. Y es la falta del plus de motivación exigible cuando la sentencia se aparta de la jurisprudencia la razón por la que la STC 155/2001, de 2 de julio de 2001, estima el amparo frente a la resolución judicial que no explicita las razones por las que revoca la decisión judicial que previamente había estimado la demanda aplicando el Derecho español por no haber quedado acreditado el derecho extranjero (chino) invocado por el demandado» (FJ 8.º).

la parte actora se fundamenta en un Derecho que no es de aplicación (el español)[190], sin que el tribunal pueda resolver aplicando un Derecho extranjero en el que la parte actora debió fundamentar su pretensión, pero que no ha invocado ni probado[191]. Desde esta perspectiva, el TS ofrece una interpretación muy plausible en lo que respecta al tratamiento del Derecho extranjero en el proceso, en la medida en que es la solución que mejor responde al carácter imperativo de la norma de conflicto y a la necesidad de que el Derecho extranjero sea probado por las partes, aunque controvertida en lo relativo a la carga de la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero[192]. Por un lado, la decisión del TS resulta plausible porque aplica *ex officio* las normas de conflicto españolas (artículo 12.6 CC), independientemente de los fundamentos jurídicos en los que las partes hayan basado sus pretensiones. Como indica el artículo 282.2 LEC, el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. En el caso enjuiciado, el TS concluye, acertadamente en mi opinión, que, de conformidad con las normas de conflicto, no es aplicable el Derecho español, sino el Derecho inglés. Esto impide al tribunal valorar si concurren los fundamentos constitutivos de la pretensión de nulidad invocados por la parte demandante en la demanda conforme al Derecho español, ya que este no es el Derecho aplicable de acuerdo con la norma de conflicto, sino la ley inglesa. Por otro lado, la decisión del TS también es meritoria en relación con las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero, impidiendo en el caso la aplicación subsidiaria del Derecho español. Como se ha indicado, el artículo 33.3 LCJIMC solo admite tal posibilidad para el caso excepcional de que no hay podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Por esta razón, no pudiendo aplicar la *lex substantialis fori* como alternativa residual, la única opción que tenía la Sala Primera era desestimar la demanda por desconocer el fundamento jurídico en que se basa la pretensión[193].

---

[190] Desde un punto de vista dogmático, señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González (2025), pp. 7-8, la nueva jurisprudencia del TS es irreprochable y extraordinariamente eficiente y práctica, en la medida en que la aplicación del Derecho material español a un caso regido por un Derecho extranjero sólo procede en el caso, excepcional y extraordinario, de que a las partes les resulte imposible probar el Derecho extranjero.

[191] Vela Torres (2025), p. 5.

[192] Ybarra Bores (2024), pp. 10-11; Arenas García (2024), p. 343.

[193] Para los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González (2025), pp. 7-10, la desestimación de la demanda no significa que el Derecho extranjero sea un mero hecho procesal no probado, sino que el demandante no ha cumplido con su deber de proporcionar al juez el material jurídico necesario para fallar el caso y que, por tanto, dicho juez no puede acoger su pretensión. Además, esta nueva doctrina legal del TS garantiza la

A pesar de todo, la desestimación de la demanda como solución general ante la falta de prueba del Derecho extranjero por las partes presenta serios inconvenientes desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, especialmente en situaciones como la juzgada en la presente sentencia, donde existían razones para sostener tanto la aplicación del Derecho extranjero como del español. Desde la doctrina se ha entendido que la respuesta dada por el TS en este caso, trasladando al demandante las consecuencias de no haber probado el Derecho inglés, cuando fue la parte demandada quien invocó el Derecho extranjero sin acreditar su contenido y vigencia[194], infringe claramente la regla de la carga de la prueba en los términos del artículo 217.3 LEC en relación con el artículo 281.2 LEC. En el presente caso, los consumidores demandantes basaron en todo momento la pretensión de nulidad de los contratos con arreglo al Derecho español, como habían sostenido la mayoría de las resoluciones de las audiencias provinciales en supuestos semejantes. En ningún momento invocaron la aplicación del Derecho inglés, a diferencia de la representación procesal de la sociedad británica, que invocó desde un principio la aplicación del Derecho inglés como ley aplicable al fondo del asunto, cuyo contenido y vigencia nunca probó. Según la documentación, la parte demandada se limitó a presentar una copia traducida de la «Timeshare Act de 1992», que no acredita, como señaló la Audiencia Provincial de Málaga, que esta fuese la legislación inglesa vigente aplicable, pues para ello hubiese sido precisa la aportación de un dictamen de juristas conocedores de dicha legislación. En cambio, la sentencia impone a la parte demandante la carga del Derecho extranjero alegado por el demandado, y lo hace en un momento procesal en que ya no resultaba materialmente posible[195], cerrando toda posibilidad de iniciar un nuevo proceso conforme al Derecho extranjero[196]. Por ello, para evitar situaciones que puedan vulnerar

---

imperatividad real de las normas de conflicto, evita el *forum shopping*, conduce a desestimar las demandas frívolas e incorrectamente argumentadas y fundadas, y castiga de modo equilibrado la mala fe procesal en la prueba del Derecho extranjero.

194 Véase la crítica de Palao Moreno (2017), p. 398, advirtiendo que la falta de seguridad jurídica que pretende atajar el artículo 33.3 LCJIMC, se encuentra resuelta de manera parcial.

195 Ybarra Bores (2024), p. 10. Véase a este respecto, la STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 198/2015, de 17 de abril de 2015 (RJ\2015\1350), FJ 7, declarando que la prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda.

196 Ybarra Bores (2024), p. 13, abogando por la posibilidad de que la parte demandante pueda iniciar un nuevo proceso con sujeción al Derecho extranjero. Dicha posibilidad, como indican Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo (2022), p. 192, presenta el serio inconveniente de las normas sobre preclusión de hechos y fundamentos jurídicos contenidas en el artículo 400 de la LEC, que impiden la presentación de una nueva demanda.

el derecho a la tutela judicial efectiva, como bien ha sugerido el profesor ARENAS GARCÍA [197], de *lege ferenda* sería conveniente que el legislador habilite un régimen específico sobre la prueba del Derecho extranjero, que permitiera esa prueba en un momento posterior al previsto para la prueba de los hechos, o también en segundas y ulteriores instancias. Como señala el autor, una cosa es el que el Derecho extranjero sea objeto de prueba y otra que resulte adecuado someterlo al régimen de las pruebas de los hechos. Se precisan reglas específicas sobre la prueba del Derecho extranjero que eviten situaciones que pudieran conducir a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva [198].

IV. **CONCLUSIONES**

En lo que respecta a la competencia judicial internacional, los tribunales españoles son competentes para conocer de los litigios derivados de los contratos celebrados por un consumidor domiciliado en el Reino Unido con la sucursal española de una sociedad británica, con arreglo al cual el consumidor adquiere, a título oneroso, unos puntos fraccionarios que le integran en un club y que le sirven para ser canjeados por el derecho de ocupación durante una o varias semanas de unos apartamentos en alojamientos situados en España, y por otros servicios turísticos. Los contratos se firman por una sucursal en España mediante técnicas de venta directa con consumidores domiciliados en el mismo país en el que tiene su domicilio la sociedad principal, quedando comprendidos en el marco de la actividad comercial que esta dirige y ejerce en el Reino Unido y España. El hecho de que los consumidores tengan su domicilio en un Estado miembro, como sucedía en los litigios anteriores al *Brexit*, activa las condiciones de aplicabilidad de las reglas especiales de competencia de los artículos 17 a 19 RBI bis. De este modo, no surtiendo efecto las cláusula de sumisión exclusiva a los tribunales ingleses contrarias al artículos 19 (25.4 RBI bis), y al margen el caso de una eventual sumisión tácita, el consumidor pasivo británico dispone de tres foros a su favor: los tribunales del Estado miembro en que está domiciliada la parte contratante, *ex* artículo 18.1 RBI bis (Reino Unido), los tribunales del Estado miembro en que se encuentre el domicilio del consumidor, *ex* artículo 18.1 RBI bis (Reino Unido), y los tribunales del Estado miembro en el que se

[197] ARENAS GARCÍA (2024), pp. 347-348.
[198] *Ibid.*, p. 350.

halle la sucursal que haya gestionado el contrato, *ex* artículo 7.5 por remisión del artículo 17.1 RBI bis (España). El foro de la sucursal previsto en el artículo 7.5 RBI bis resulta determinante para afirmar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

La mera presencia de un establecimiento, agencia o sucursal en territorio español no debe bastar por sí misma para atribuir competencia judicial internacional a nuestros tribunales. Para invocar el foro de la sucursal del artículo 7.5 RBI bis, es preciso que se trate de un litigio relativo a su explotación, como considero que ocurre en el caso juzgado, y en el litigio que ha motivado la pertinente cuestión prejudicial por el TS al TJUE. A estos efectos, la combinación de la independencia y la no exclusividad con otros elementos, como el haber tomado parte activa en la actividad que origina la demanda del tercero, permite no descartar la calificación del representante como agencia o establecimiento en el sentido del artículo 7.5 RBI bis, protegiendo así la confianza que esa apariencia genera en los consumidores con los que celebró el contrato. Como se ha propuesto a lo largo del trabajo, una calificación autónoma de la noción de la «otra parte contratante» utilizado en el artículo 18.1 RBI bis, adaptada al estado actual de la jurisprudencia del TJUE en el marco del Derecho derivado europeo, permite incluir también en ella a la persona jurídica que gestionó el contrato litigioso en nombre y por cuenta de la sociedad principal. Esto facilita que el tribunal pueda pronunciarse sobre su competencia sin verse obligado a realizar un examen sobre el fondo del asunto, tal como sucede cuando el consumidor invoca la aplicación del foro del domicilio de la otra parte contratante (art. 18.1 RBI bis) o el foro de la sucursal (art. 7.5 RBI bis), y la parte demandada alega falta de legitimación pasiva porque no intervino como parte vendedora sino empresa de ventas. Sin embargo, estas opciones han dejado de ser operativas tras el *Brexit*, ya que las disposiciones de la Sección 4 Capítulo II dejan fuera de su esfera de aplicación a consumidores pasivos domiciliados en terceros Estados. Por ello, desde enero de 2021, en los supuestos de contratos concertados por consumidores domiciliados en el Reino Unido con la sucursal española de una sociedad británica, y dado que los numerales 4 y 5 del artículo 22 ter LOPJ impiden el efecto derogatorio de la cláusula de sumisión a los tribunales ingleses, los consumidores actores disponen del foro en materia contractual [letra a) del artículo 22 quinquies de la LOPJ] y, en especial, del foro de la sucursal [letra c) del artículo 22 quinquies de la LOPJ].

En lo que respecta a la ley aplicable, el carácter específico, imperativo y exhaustivo de la norma de conflicto del artículo 6 RRI en materia de contratos celebrados por consumidores predetermina

la aplicación de la ley de la residencia habitual al contrato celebrado por un consumidor residente en el Reino Unido con la sucursal española de una sociedad británica de tiempo compartido, es decir, la ley inglesa. El cumplimiento de las condiciones de aplicación previstas en el artículo 6 RRI desplaza el régimen general establecido por los artículos 3 y 4 RRI, incluso si las normas de conflicto de las citadas disposiciones pudieran designar una ley más favorable para el consumidor. El artículo 6 RRI ofrece una protección adecuada al consumidor, permitiendo a la contraparte incorporar una cláusula de elección de ley aplicable en el condicionado general, siempre que la ley elegida no implique la pérdida de protección que proporcionan las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual. En el caso enjuiciado, la ley elegida (ley inglesa) es la misma que la que hubiera sido aplicable en defecto de elección, garantizando así la condición prevista en el artículo 6.2 RRI, de modo que el consumidor no se verá privado de la protección que le proporciona la ley del país en que tiene su residencia habitual. Por tanto, la ley inglesa regirá la validez de la cláusula de elección de ley aplicable y será la encargada de regular los contratos litigiosos en cuanto al fondo y a la forma. En el caso enjuiciado, la ley inglesa declarada aplicable por la norma de conflicto del artículo 6 RRI, como ley de un país cuyo ordenamiento ha transpuesto la Directivas 93/13/CEE y la Directiva 2008/122/CE, impide, a su vez, la aplicación de las disposiciones del TRGLDCU en materia de cláusulas abusivas como normas internacionalmente imperativas, así como las disposiciones del Título II la Ley 4/2012 como normas de policía. Con todo, de acuerdo con lo razonado, no hay motivación suficiente sin indefensión que justifique la desestimación de la demanda ante la falta de prueba del Derecho extranjero en situaciones como la juzgada en la presente sentencia, salvo que se pueda contar con la posibilidad de presentar dicha prueba en segunda o ulteriores instancias, evitando así la indefensión.

BIBLIOGRAFÍA

AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz: *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, 2003.

— «Contratos de aprovechamiento por turnos de inmuebles: legitimación pasiva, grupos de empresas, carácter abusivo de las cláusulas de elección de foro y derecho aplicable e imperatividad internacional de la ley española. Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2023 en los asuntos C 821/21, Club La Costa y C-632/21, Diamond Resorts», *La Ley Unión Europea*, 2024, pp. 1-16.

ARENAS GARCÍA, Rafael: «Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional», *Estudios sobre Consumo*, 2008, pp. 45-60.

— «Imperatividad de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1427/2024, de 30 de octubre de 2024», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2024, pp. 335-351.

BASEDOW, Jürgen: *El derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*, Bogotá, 2017.

BUCHER, Andrea: «L'ordre public et le but social des lois en Droit international Privé», *Recueil des Cours*, 1993, pp. 9-116.

BUCHHALTER MONTERO, Brian: «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)», *ADC*, 2024, pp. 1677-1713.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «La luz vence a la oscuridad: la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba del derecho extranjero», *AC,* 2025, pp. 1-16.

CANALES GUTIÉRREZ, Silvana: «El intermediario como "comerciante" en el contrato de consumo: comentario a la STJUE *Tiketa*, asunto: C-536/20 de 24 de febrero de 2022», *Revista General de Derecho Europeo*, 2022, pp. 421-437.

CARRASCO PERERA, Ángel: «Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad», *CESCO*, 2012, pp. 44-58 (disponible en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/118/94).

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Problemas jurídicos de la multipropiedad en Derecho internacional privado», *AC*, 1992, pp. 757-779.

— «La Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Aspectos de Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2013, pp. 281-284, 2013.

CARRILLO POZO, Luis: «Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores», en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 267-318.

DE MATOS, Anne-Marie: *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de la l'Union Européene*, Marseille, 2001.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A.: «Contratación de consumo y Derecho internacional privado: desarrollos recientes», en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Madrid, 2020, pp. 207-221.

— «Sumisión a tribunales extranjeros en contratos internos en el Reglamento 1215/2012», *La Ley Unión Europea*, 2024, pp. 1-6.

DOWNES, Noemí: *Los contratos internacionales de timesharing*, Madrid, 1998.

ESPINAR VICENTE, José María y PAREDES PEREZ, José Ignacio: «Análisis y valoración crítica de la regulación de la sumisión a la jurisdicción española antes y después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 7/2015)», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2016, pp. 199-247.

— *Tráfico externo y litigación civil internacional*, Madrid, 2018.

— *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho internacional privado español y de la Unión Europea*, Madrid, 2019.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel: *Abogacía internacional. La protección de los consumidores*, Madrid, 2015.

— «Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-terceros Estados», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2014-2015, pp. 277-303.

ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, 2003.

— «La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa», *Diario La Ley*, 2005, pp. 1932-1942.

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia: «Nulidad de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable a la luz de la Ley 3/2014 por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, pp. 1-36.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Derecho internacional privado*, 13.ª ed., Cizur Menor, 2024.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: *Derecho internacional privado*, 7.ª ed., Cizur Menor, 2023.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª Carmen: «El nuevo régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico», *CESCO*, 2012, pp. 1-32 (disponible en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/115/92).

GUZMÁN ZAPATER, Mónica: «La prórroga de la competencia en los contratos de venta internacional concluidos por consumidores», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1987, pp. 447-476.

HO-DAC, Marion: «Du dialogue interprétatif entre droit (matériel) de la consommation et droit international privé de l'Union. L'exemple du "for du consommateur"», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2022, pp. 47-62.

MAGNUS, Ulrich y MANKOWSKI, Peter: «Sección 4: jurisdiction over consumer contracts», en *European Commentaries on Private International Law. Brussels I bis Regulation*, 2.ª ed., Köln, 2023.

MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Contrato interno y sumisión expresa a favor de un tribunal extranjero: ¿situación interna o internacional», *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2024, pp. 1-30 (disponible en https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/9858).

NORMAND, J., y BALATE E.: Relations transfrontaliéres et consummation: quells(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?, *Cashiers de Droit Européen*, 1980, pp. 272-351.

PALAO MORENO, Guillermo: «Artículo 33. De la prueba del Derecho extranjero», en *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Valencia, 2017, pp. 390-401.

PAREDES PÉREZ, José Ignacio: «La incidencia de los conceptos autónomos de celebración del contrato y de oferta contractual en la calificación de las acciones judiciales en la contratación con consumidores», en *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización. III Foro Europeo de Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, 2023, pp. 131-156.

REQUEJO ISIDRO, Marta: «Contrato de consumo y Roma I: ¿un poco más de lo mismo?», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, pp. 493-510.

SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes: «Contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, algunas cuestiones planteadas a la luz de la jurisprudencia española», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, pp. 471-488.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2018, pp. 17-47.

TORRALBA MENDIOLA, Elisa: «El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y otros productos afines ante la prueba del Derecho Internacional Privado», *CESCO*, 2012, pp. 59-68 (disponible en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/119/95).

VELA TORRES, Pedro-José: «Contratos de aprovechamiento por turno firmados en España por consumidores británicos. Competencia judicial internacional y ley aplicable», *Diario La Ley*, 2025, pp. 1-5.

VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: *Derecho Procesal Civil Internacional*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2007.

YBARRA BORES, Alfonso: «Las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero y la carga de su prueba. La preocupante sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024», *Bitácora Millennium DIPr*, 2024, pp. 48-64 (disponible en https://www.millenniumdipr.com/archivos/1734949386.pdf).

YBARRA BORES, Alfonso y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: «Competencia de los órganos judiciales españoles para conocer de una demanda relativa a un contrato de multipropiedad cuando el demandado está domiciliado fuera de la UE», *Bitácora Millennium DIPr*, 2020, pp. 48-64 (disponible en https://www.millenniumdipr.com/archivos/1642157992.pdf).

JURISPRUDENCIA CITADA

UNIÓN EUROPEA

- Tribunal de Justicia, Sentencia de 24 de junio de 1980, as. C-150/80, *Elefanten Schuh*, ECLI: EU: C:1981:148.
- Tribunal de Justicia (Sala Sexta), Sentencia de 9 de diciembre de 1987, as. C-218/86, *SAR Schotte*, ECLI: EU: C:1987:536.
- Tribunal de Justicia, Sentencia del de 19 de enero de 1993, as. C-89/91, *Shearson* ECLI: EU: C:1993:15.
- Tribunal de Justicia (Sala Quinta), Sentencia de 15 de septiembre de 1994, as. C-318/93, *Brenner y Noller*, ECLI: EU: C:1994:331.
- Tribunal de Justicia (Sala Tercera), Sentencia del de 22 de abril de 1999, as. 423/97, *Travel Vac SL*, ECLI: EU: C:1999:197.
- Tribunal de Justicia (Sala Quinta), Sentencia de 9 de noviembre de 2000, as. C-381/98, *Ingmar GB Ltd*, ECLI: EU: C:2000:605.
- Tribunal de Justicia (Sala Sexta), Sentencia del de 11 de julio de 2002, as. C96/00, *Gabriel*, ECLI: EU: C:2009:303.
- Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia del de 9 de septiembre de 2004, as. C-70/03, *Comisión contra España*, ECLI: EU: C:2004:505.

– Tribunal de Justicia (Gran Sala), Sentencia de 1 de marzo de 2005, as. C281/02, *Owusu*, ECLI: EU: C:2005:120.
– Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia de 13 de octubre de 2005, as. C73/04, *Klein*, ECLI: EU: C:2005:607.
– Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia del de 22 de mayo de 2008, as. C462/06 *Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline*, ECLI: EU: C:2008:299.
– Tribunal de Justicia, Conclusiones de la Abogada General Sra. V. Trstenjak, presentadas el 11 de septiembre de 2008, as. C180/06, *Ilsinger*, ECLI: EU: C:2008:483.
– Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), Sentencia de 20 de mayo de 2010, as. C111/09, *ČPP Vienna Insurance Group*, ECLI: EU: C:2010:290.
– Tribunal de Justicia, Conclusiones de la Abogada General Sra. V. Trstenjak presentadas el 8 de septiembre de 2011, as. C-327/10, *Hypoteční banka*, ECLI: EU: C:2011:561.
– Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia del de 17 de noviembre de 2011, as. C-327/10, *Hypoteční banka a.s*., ECLI: EU: C:2011:745.
– Tribunal de Justicia (Sala Tercera), Sentencia del de 12 de septiembre de 2013, as. C64/12, *Schlecker,* ECLI: EU: C:2013:551.
– Tribunal de Justicia (Sala Tercera), Sentencia de 17 de octubre de 2013, as. C-184/12, *Unamar*, ECLI: EU: C:2013:663. 52.
– Tribunal de Justicia (Sala Octava), Sentencia del de 14 de noviembre de 2013, as. C-478/12, *Maletic*, ECLI: EU: C:2013:735.
– Tribunal de Justicia, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar presentadas el 3 de septiembre de 2014, as. C-375/13, *Harald Kolassa*, ECLI: EU: C:2014:2135.
– Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), Sentencia del de 28 de enero de 2015, as. C-375/13, *Harald Kolassa*, ECLI: EU: C:2015:37.
– Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), Sentencia del de 23 de diciembre de 2015, as. C297/14, *Hobohm*, ECLI: EU: C:2015:844.
– Tribunal de Justicia (Sala Sexta), Sentencia de 17 de marzo de 2016, as. C-175/15, *Taser*, ECLI: EU: C:2016:176.
– Tribunal de Justicia (Sala Segunda), Sentencia del de 7 de julio de 2016, as. C-222/15, *Hőszig Kft*, ECLI: EU: C:2016:525.
– Tribunal de Justicia (Sala Tercera), Sentencia de 28 de julio de 2016, as. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, ECLI: EU: C:2016:612.
– Tribunal de Justicia (Gran Sala), Sentencia de 18 de julio de octubre, as. C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI: EU: C:2016:774.
– Tribunal de Justicia (Sala Tercera), Sentencia del de 25 de enero de 2018, as. C-498/16, *Schrems*, ECLI: EU: C:2018:37.
– Tribunal de Justicia, Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, presentadas el 28 de marzo de 2019, as. C-163/18, *Aegean Airlines*, ECLI: EU: C:2019:585.

– Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia del de 8 de mayo de 2019, as. C25/18, *Kerr*, ECLI: EU: C:2019:376.
– Tribunal de Justicia (Sala Tercera), Sentencia del de 10 de julio de 2019, as. C-163/18, *Aegean* Airlines, ECLI: EU: C:2019:585.
– Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia del de 3 de octubre de 2019, as. C-208/18, *Petruchová*, ECLI: EU: C:2019:825.
– Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia del de 3 de octubre de 2019, as. 272/18, *TVP Treuhand*, ECLI: EU: C:2019:827.
– Tribunal de Justicia, Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe presentadas el 7 de noviembre de 2019, as. C-215/18, *Primera Air Scandinavia*, ECLI: EU: C:2019:931.
– Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia del de 26 de marzo de 2020, as. C215/18, *Primera Air Scandinavia*, ECLI: EU: C:2020:235.
– Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de abril de 2020, as. C-329/19, *Condominio di Milano*, ECLI: EU: C:2020:263.
– Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), Sentencia del de 2 de abril de 2020, as. C-500/18, *Reliantco Investments LTD*, ECLI: EU: C:2020:264.
– Tribunal de Justicia (Sala Sexta), Sentencia del de 7 de mayo de 2020, as. ac. C267/19 y C323/19, *Parking e Interplastics*, ECLI: EU: C:2020:351.
– Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020, as. C73/19, *Movic BV*, ECLI: EU: C:2020:568.
– Tribunal de Justicia (Sala Sexta), Auto de 3 de septiembre de 2020, as. C98/20, *mBank S. A*., ECLI: EU: C:2020:672.
– Tribunal de Justicia, Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe presentadas el 10 de septiembre de 2020, as. C59/19, *Wikingerhof GmbH*, ECLI: EU: C:2020:688.
– Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia de 18 de noviembre de 2020, as. C-519/19, *DelayFix*, ECLI: EU: C:2020:933.
– Tribunal de Justicia, Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 14 de enero de 2021, as. C913/19, *CNP*, ECLI: EU: C:2021:19.
– Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de Sentencia del 20 de mayo de 2021, as. C-913/19, *CNP*, ECLI: EU: C:2021:399.
– Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia del de 15 de julio de 2021, as. ac. C152/20 y C218/20, *Gruber Logistics*, ECLI: EU: C:2021:600.
– Tribunal de Justicia, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 9 de septiembre de 2021, as. C-296/20, *Commerzbank AG*, ECLI: EU: C:2021:733.
– Tribunal de Justicia (Sala Sexta), Sentencia del de 30 de septiembre de 2021, as. C-296/20, *Commerzbank AG*, ECLI: EU: C:2021:784.
– Tribunal de Justicia (Sala Octava), Sentencia del de 10 de febrero de 2022, as. C-595/20, *ShareWood Switzerland*, ECLI: EU: C:2022:86.

- Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), Sentencia del de 24 de febrero de 2022, as. C-536/20 *Tiketa,* ECLI: EU: C:2022:112.
- Tribunal de Justicia (Sala Novena), Sentencia de 8 de septiembre de 2022, as. C 399/21, *IRnova AB*, ECLI: EU: C:2022:648.
- Tribunal de Justicia (Sala Séptima), Sentencia del de 14 de septiembre de 2023, as. C-821/21*, Club La Costa*, ECLI: EU: C:2023:672.
- Tribunal de Justicia (Sala Séptima), Sentencia del de 14 de septiembre de 2023, as. C-632/21, *Diamond Resorts Europe Limited*, ECLI: EU: C:2023:671.
- Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), Sentencia del de 16 de noviembre de 2023, as. C-497/22, *Roompot Service*, ECLI: EU: C:2023:873.
- Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia del de 8 de febrero de 2024, as. C566/22, *Inkreal*, ECLI: EU: C:2024:123.
- Tribunal de Justicia, Conclusiones del Abogado General Sr. N. Emiliou presentadas el 7 de marzo de 2024, as. C-774/22, *FTI Touristik GmbH*, ECLI: EU: C:2024:219.
- Tribunal de Justicia (Sala Séptima), Auto de 14 de marzo de 2024, as. C429/22, *VK*, ECLI: EU: C:2024:245.
- Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), Sentencia del 29 de julio de 2024, as. C-774/22, *FTI Touristik GmbH*, ECLI: EU: C:2024:646.
- Tribunal de Justicia (Sala Primera), Sentencia del 27 de febrero de 2025, as. C-537/23, *Società Italiana Lastre*, ECLI: EU: C:2025:120.

España

- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), Sentencia núm. 198/2015 de 17 de abril de 2015, Rec. 611/2013 RJ\2015\1350.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 16/2017 de 16 de enero de 2017, Rec. 2718/2014 RJ\2017\22.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), Sentencia núm. 35/2018 de 24 de enero de 2018, Rec. 211/2016 RJ\2018\243.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), Sentencia núm. 108/2018 de 1 de marzo de 2018, Rec. 2414/2016 RJ\2018\761.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), Sentencia núm. 119/2018 de 6 de marzo de de 2018, Rec. 2302/2016 RJ\2018\870.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), Sentencia núm. 121/2018 de 7 marzo de 2018, Rec. 1192/2016 RJ\2018\935.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), Sentencia núm. 133/2018 de 7 de marzo de 2018, Rec. 2670/2016 RJ\2018\871.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), Sentencia núm. 231/2018 de 20 de abril de 2018, Rec. 3012/2016 RJ\2018\1754.

– Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), Sentencia núm. 378/2018 de 20 de junio de 2018, Rec. 408/2017 RJ\2018\2671.
– Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), Sentencia núm. 518/2019 de 4 de octubre de 2019, Rec. 2441/2017 RJ\2019\4047.
– Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno), Auto de 20 de noviembre de 2024, Rec. 5761/2022 JUR\2024\443238.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), Auto núm. 464/2017 de 29 de septiembre de 2017, Rec. 843/2016 JUR\2018\16417.
– Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), Sentencia núm. 157/2019 de 22 de abril de 2019, Rec. 237/2018 JUR\2019\234213.
– Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, Sentencia 470/2019 de 28 de junio de 2019, Rec. 626/2018 JUR\2019\341797.
– Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5.ª), Sentencia núm. 573/2019 de 5 de diciembre de 2019, Rec. 647/2018 JUR\2020\97241.
– Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), Sentencia núm. 6/2020 de 22 de enero de 2020, Rec. 688/2018 JUR\2020\137206.
– Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), Sentencia núm. 314/2020 de 16 julio de 2020, Rec. 220/2020 JUR\2020\27883.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), Auto núm. 465/2020 de 30 de septiembre de 2020, Rec. 1365/2018 JUR\2021\29637.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), Auto núm. 478/2020 de 13 de octubre de 2020, Rec. 1424/2018 (JUR\2021\128502.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), Auto núm. 547/2020 de 24 de noviembre de 2020, Rec. 1251/2018 JUR\2021\128343.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), Auto núm. 620/2020 de 30 de diciembre de 2020, Rec. 168/2019 JUR\2021\199735.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), Auto núm. 17/2021 de 25 de enero de 2021, Rec. 43/2019 JUR\2021\199131.
– Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), Sentencia núm. 40/2021 de 19 de febrero de 2021, Rec. 19/2020 JUR\2021\134751.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), Auto núm. 119/2021 de 22 de marzo de 2021, Rec. 415/2019 JUR\2021\199601.
– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, Auto 145/2021 de 26 mayo de 2021, Rec. 807/2020 JUR\2021\23751.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), Sentencia núm. 505/2021 de 15 de septiembre de 2021, Rec. 45/2020 JUR\2022\47038.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), Sentencia núm. 495/2022 de 26 de julio de 2022, Rec. 288/2021 JUR\2022\351058.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), Sentencia núm. 278/2022 de 9 de mayo de 2022, Rec. 52/2021 JUR\2022\351527.

– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), Sentencia núm. 433/2022 de 25 de octubre de 2022, Rec. 23/2021 JUR\2023\135558.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), Sentencia núm. 75/2023 de 6 de febrero de 2023, Rec. 1027/2021 JUR\2023\282716.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª), Sentencia núm. 444/2023 de 3 de abril de 2023, Rec. 1513/2022 JUR\2023\375667.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), Sentencia núm. 448/2023 de 26 de junio de 2023, Rec. 1641/2021 JUR\2023\363431.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), Sentencia núm. 452/2023 de 29 de junio de 2023, Rec. 1641/2021 JUR\2023\363508.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), Sentencia núm. 627/2023 de 24 de octubre de 2023, Rec. 283/2021 JUR\2024\77877.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª), Sentencia núm. 1776/2023 de 13 de diciembre de 2023, Rec. 699/2023 JUR\2024\73468.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), Sentencia núm. 6/2024 de 12 de enero de 2024, Rec. 331/2022 JUR\2024\152038.
– Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª), Sentencia núm. 419/2024 de 15 de marzo de 2024, Rec. 988/2023 JUR\2024\232541.
– Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Granadilla de Abona, Sentencia de 29 de octubre de 2024, Rec. 677/2018 JUR\2024\437515.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Académico senior. Universidad Carlos III de Madrid).**

Colaboran: **Brian BUCHHALTER MONTERO (Investigador posdoctoral de Derecho procesal. Universidad Complutense 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), Carlos ORTEGA MELIÁN (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN (Profesora permanente laboral de Derecho civil. Universidad de Burgos), Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Profesora sustituta de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTANA NAVARRO (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal.*

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. La protección del derecho al honor de las personas jurídicas.– Es doctrina reiterada de esta Sala que el derecho a la propia estimación o buen nombre no pertenece en exclusiva a las personas físicas. Las personas jurídicas pueden ver vulnerado su derecho al honor por la difusión de hechos concernientes a su entidad que menoscaben su reputación o lesionen el concepto en que es tenida por los terceros. En este sentido, la persona jurídica

afectada no está obligada a probar la producción de un daño patrimonial derivado de esta intromisión, sino que es suficiente demostrar la existencia de una intromisión ilegítima en su honor o prestigio profesional. (SSTS 194/2014, de 3 de enero y 492/2020, de 15 de julio; SSTC 214/1991, de 17 de diciembre, 139/1995, de 26 de septiembre).

El derecho al honor de las personas jurídicas. Diferencias con la protección del derecho al honor de las personas físicas.–El Tribunal Supremo ha sostenido que en el reconocimiento del derecho al honor de las personas jurídicas se deben aplicar unos parámetros de ponderación diferenciados de los utilizados para valorar las intromisiones en el honor de las personas físicas, ya que en aquellas no concurre la dimensión interna de este derecho (relativo al sentimiento de dignidad de la propia persona), sino únicamente su vertiente externa, vinculada a la reputación o consideración social (entre otras, SSTS 802/2006, de 19 de julio, 1097/2002, de 14 de noviembre y 565/2003, 6 de junio). Esta proyección exclusivamente externa del derecho al honor de las personas jurídicas ha implicado, en consecuencia, una tutela de menor intensidad (entre otras, SSTS 408/2016, de 15 de junio, 35/2017, de 19 de enero y 458/2023, de 17 de abril). (**STS 408/2024, de 20 de marzo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.–Mon Orxata, S. L. interpuso demanda contra Facebook Ireland y Facebook Spain, S. L. por intromisión ilegítima en su derecho al honor. La demandante, una pequeña empresa de horchata artesanal, había abierto una cuenta en esta red social que, posteriormente, fue inhabilitada. La demandante alegaba que el cierre de la cuenta, que había supuesto su desaparición de la plataforma, afectó gravemente a su visibilidad, lo que produjo daños en su reputación *online* y prestigio empresarial. Destacaba que el mensaje que aparecía al buscar la cuenta en Facebook era «cerrado permanentemente», junto con la ubicación de la empresa, lo que hacía pensar a sus potenciales clientes que había cerrado.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria que fue confirmada por la Audiencia Provincial. Contra esta resolución, Mon Orxata interpuso recurso de casación en el que denunciaba la infracción del artículo 18.1 CE y de los artículos 7.7 y 9.3 de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOPDH). El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación *(M. S. G.)*

2. Fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daño moral.–Es doctrina del Tribunal Supremo que la determinación de la cuantía de este tipo de indemnizaciones es competencia de los tribunales de instancia, cuya valoración solo podrá ser revisada cuando se hubieren obviado los criterios establecidos en el artículo 9.3 LOPDH para su fijación o en supuestos de error notorio, arbitrariedad o manifiesta desproporción (SSTS 237/2019, de 23 de abril, 115/2019, de 20 de febrero, 1476/2023, de 23 de octubre). (**STS 598/2024, de 6 de mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.–Juan Luis interpuso demanda contra Banco Sabadell, S. A. por infracción de su derecho al honor como consecuen-

cia de la inclusión indebida de sus datos personales en los ficheros de solvencia patrimonial Equifax y Asnef (en cuya plataforma ya constaban sus datos por una deuda previa contraída con otra entidad). Solicitaba que se condenara al Banco Sabadell a cancelar los datos del actor y a abonar una indemnización por daño moral de 4.500 €.

El Tribunal de Primera instancia estimó la demanda, pero rebajó la indemnización a la cantidad de 1.000 €. Juan Luis recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó íntegramente el recurso. Finalmente, el demandante interpuso recurso de casación por infracción del artículo 9.3 LOPDH y alegó que la indemnización concedida era meramente simbólica. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. *(M. S. G.)*

3. Requisitos para entender válidamente practicada la comunicación necesaria para incluir, al deudor, en un fichero de morosos.–El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia sobre la validez de las comunicaciones que se practican para requerir el pago al deudor y que sirven, si éste no cumple, para incluirlo en un fichero de morosos. Cuando la comunicación se practica masivamente por servicios postales (como sucede habitualmente con entidades bancarias), no es necesario que conste fehacientemente la entrega. Además de admitir otros medios de comunicación (como el correo electrónico), el Tribunal Supremo entiende válidamente realizada la comunicación cuando concurren ciertos indicios. Por ejemplo, que la dirección a la que se remite la comunicación sea idónea o que no hayan sido devueltas cartas. (**STS 342/2024, de 11 de marzo;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.–El demandante reclama, en un proceso de tutela de su derecho al honor, que sea eliminada información suya que existe en un registro de morosos. No consta, para él, que la entidad bancaria haya practicado el requerimiento de pago necesario y, por tanto, la inclusión es lesiva de su derecho al honor. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estiman las pretensiones del demandante y ordenan la eliminación de los datos personales que constan en el registro. El Tribunal Supremo, sin embargo, mantiene que la comunicación practicada es conforme a Derecho.

NOTA.–La argumentación del Tribunal Supremo no es convincente. Sostiene, con apoyo en una sentencia anterior sobre la misma materia, que aunque no consta probado de forma fehaciente el envío del requerimiento de pago, «lo cierto es que la Ley no exige esta fehaciencia». El Tribunal no define qué entiende por *fehaciencia* y tampoco ofrece ninguna explicación sobre por qué la Ley no la exigiría, cuando –desde la formulación clásica de Rosenberg–cada parte debe acreditar lo que le es favorable. Y, en este caso, si la entidad bancaria quiere incluir en el registro de morosos a un deudor, no es comprensible por qué, como demandada, no acredita que la comunicación ha sido correctamente practicada (art. 217.3 LEC). Trasluce en la postura del Tribunal Supremo, sin embargo, una pretensión de evitar un flujo masivo de litigios fundados en circunstancias fácticas parejas. Así, el Tribunal –con base en una sentencia

solo unas semanas anterior–reconoce que aunque la cuestión «relativa al requerimiento de pago tiene un aspecto eminentemente fáctico» (ajeno, por tanto, al recurso de casación), el Pleno de la Sala es consciente de que en una «situación como la actual (en que son miles los litigios que versan sobre esta cuestión, pues ha dado lugar a una litigación en masa) […], ha considerado necesario precisar […] cuáles son los criterios jurídicos aplicables para decidir si se ha dado cumplimiento a este requisito previo a la comunicación de los datos al sistema de información crediticia […]».

Finalmente, que ciertos indicios (como que no han sido devueltas otras cartas) puedan coadyuvar para estimar probado un hecho no quiere decir que, si concurren, éste deba darse por probado *ipso iure* como parece sugerir el Tribunal Supremo. *(B. B. M.)*

4. Conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión: requisitos para que prevalezca el primero. Declaraciones de un abogado en defensa de su cliente.–En la ponderación que debe realizarse en caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, para que prevalezca la primera es necesario, que las manifestaciones versen sobre cuestiones de interés general. Sobre esa base, es incorrecto exigir la veracidad de las opiniones o juicios de valor, respecto de los que lo único exigible, además de que versen sobre una cuestión de interés general, es que tengan una base fáctica suficiente (SSTEDH de 27 febrero de 2001, caso Jerusalén contra Austria; de 1 de julio de 2010, caso Gutiérrez Suárez contra España; y de 4 de abril de 2013, caso Reznik contra Rusia) y que no se empleen expresiones insultantes desvinculadas del mensaje que se desea transmitir.

Posición reforzada del abogado cuando se refiere a la defensa de su cliente: juicio de ponderación.–Para el juicio de ponderación, debemos tener presente que las declaraciones del abogado las hizo en un contexto muy próximo al ejercicio del derecho de defensa en los tribunales. Las SSTC 197/2004, de 15 de noviembre; 232/2005, de 26 de septiembre; y 338/2006, de 11 de diciembre, recuerdan que la especial cualidad de la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 79/2002, F. J 6; STEDH de 22 febrero de 1989, caso Barfod).

Prevalencia de la libertad de expresión del abogado.–Aunque no se trate de un derecho ilimitado, el contenido de la libertad de expresión de los letrados ante los tribunales es especialmente resistente e inmune a restricciones en su ejercicio fuera de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa, y que la libertad de expresión del abogado en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica posee una singular cualificación al estar ligada estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa, y debe valorarse en el marco en el que se ejerce, con atención a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su régimen, razones por las

que ha de ser amparada cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, y no ha de serlo cuando se utilizan –y menos aún con reiteración– expresiones ofensivas desconectadas de la defensa de su cliente (SSTS 381/2020, de 30 de junio; 455/2020, de 23 de julio; 681/2020, de 15 de diciembre; y 774/2021, de 8 de noviembre, entre otras).

El requisito de la proporcionalidad en las expresiones de un abogado.–A pesar de que expresiones concretas, como la referencia a unas supuestas coacciones, puedan resultar innecesaria, en puridad, desde el punto de vista de la proporcionalidad, ninguna de las expresiones objeto de enjuiciamiento son insultantes, vejatorias o ultrajantes (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4; y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4, entre otras muchas). El Letrado hace ver que su cliente estaba siendo objeto de una actuación que el demandante ya había repetido en otras ocasiones, que era denunciar a sus superiores cuando no aceptaban sus peticiones profesionales, además de ser una persona laboralmente conflictiva, lo que privaba de credibilidad a su denuncia. (**STS 369/2024, de 12 de marzo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.–El abogado de un político manifestó, ante los medios de comunicación que cubrían la noticia, algunos aspectos sobre trayectoria profesional y funcionarial de la persona que denunció a su cliente. Así, en la declaración afirmaba que el denunciante: […] «*ha realizado las mismas actuaciones que ha hecho en este procedimiento en todos los Ayuntamientos en los que ha estado*». «*Ha coaccionado al alcalde correspondiente tanto en Alcalá de Xivert, como en San Juan, como en Formentera y en Ibiza. Ha pedido modificaciones presupuestarias sin merecerlas e incrementos de salario sin merecerlos y cuando no se le han concedido, ha denunciado en vía penal a todos los alcaldes con los que se ha tropezado*». «*Pero me parece que es una actitud completamente falsaria* […] *que tiene una actividad lindante, en la calumnia, como se demostrará más tarde o más temprano*».

El abogado fue demandado por la persona que denunció a su cliente por intromisión ilegítima del derecho al honor.

En ambas instancias se desestimó la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación por tratase de un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, donde no entra en juego el derecho a la información puesto que la intervención del abogado en la puerta de los juzgados, aunque se hiciera ante algunos medios de comunicación, no tenía una intención informativa. Además, lo transmitido fue la opinión del abogado del denunciado sobre el denunciante: ser una persona conflictiva. *(C. O. M.)*

5. Control jurisdiccional de los acuerdos sancionadores tomados por asociaciones privadas.–El control jurisdiccional de los acuerdos sancionadores tomados por asociaciones privadas se restringe, normalmente, a la mera razonabilidad de la decisión. Es decir, la jurisdicción examina si la decisión tomada por la asociación es compatible con las disposiciones lega-

les y estatutarias aplicables. Cuando se trata, sin embargo, de asociaciones «cualificadas» como, por ejemplo, partidos políticos u otras que tengan una «posición de dominio en el campo económico, cultural, social o profesional», el control jurisdiccional *puede* ser más intenso. Así lo había reconocido ya el Tribunal Constitucional respecto de los partidos políticos en STC 226/2016, de 22 de diciembre (FJ 8). (**STS 368/2024, de 12 de marzo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.–La controversia gira en torno a unas manifestaciones que realizó, en 2016, en la prensa uno de los candidatos a presidir el Círculo Mercantil e Industrial de Sevilla. En el marco de esa contienda electoral, el demandante afirmó a través de la prensa que el Círculo se encontraba en una situación financiera delicada y que era «hora de levantar las alfombras» o que sospechaba que si la «información sobre la gestión fluyera, nos encontraríamos enormes sorpresas sobre decisiones que la Asamblea [del Círculo] jamás habría aprobado». Estas afirmaciones del demandante motivaron su expulsión del Círculo.

Contra esa decisión del Círculo decidió el demandante interponer una demanda de juicio ordinario (no por tutela de derechos fundamentales) para obtener la declaración de nulidad de aquel acuerdo y 10.000 € en concepto de indemnización por daños morales. Aunque el Juzgado de Primera instancia estimó parcialmente la demanda (solo reconoció 3.500 € de indemnización), tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo desestimaron las pretensiones formuladas. No solo porque el cauce procesal se ha seguido con defectos (el demandante yerra y no escoge la tutela de derechos fundamentales como vía, altera sus alegaciones de hecho y, por último, pretende en casación tutelar su derecho a la libertad de expresión), sino por razones de fondo. El Tribunal Supremo estima que el control jurisdiccional ejercido por la Audiencia Provincial es razonable: las manifestaciones que se atribuían al demandado existieron; en ellas se acusó gravemente y con publicidad a los directivos del Círculo; y, por último, la sanción impuesta no fue desproporcionada.

NOTA.–El Tribunal Supremo continúa en esta decisión su jurisprudencia clásica sobre el control jurisdiccional de las potestades sancionadoras de las asociaciones privadas, que llama «ordinarias» (FJ 2). Éstas se distinguen, para el Tribunal Supremo, de otras disfrutan de una «posición de dominio en el campo económico, cultural, social o profesional» (FJ 2). La sentencia, sin embargo, no ofrece mayores parámetros para concretar qué es esta posición de dominio (que no parece posible interpretar en el sentido del Derecho de la competencia únicamente: no se entendería, si no, el dominio *cultural*, *social* o *profesional*). La ambigüedad del concepto no permite convertirlo en parámetro para discernir si el control jurisdiccional de la asociación debe o no debe ser más que formal o de razonabilidad. Respecto de los partidos políticos y sindicatos parece razonable, como ordena el Tribunal Constitucional, un control que exceda la mera razonabilidad si están en juego derechos fundamentales. Los partidos y los sindicatos ocupan un lugar especial en la arquitectura constitucional española (arts. 6 y 7 CE). Pero: ¿qué

justificaría que con base en esa «posición de dominio» en el ámbito de la cultura, por ejemplo, pudiera examinarse con distinta intensidad la actividad sancionadora de una asociación musical? No ofrece el Tribunal Supremo, como digo, ningún parámetro para dilucidar la cuestión. *(B. B. M.)*

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Contratos bancarios. Caducidad de la acción.–La jurisprudencia ha señalado que respecto de la caducidad de la acción y la interpretación en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

Vicio de consentimiento: *dies a quo*.–Conforme a la jurisprudencia, el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento debe computarse desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en la inexistencia de un mercado efectivo de reventa de los títulos y en la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por la falta de solvencia de la entidad emisora de los títulos. En asuntos semejantes referidos a comercialización de participaciones preferentes u obligaciones subordinadas se ha referenciado esta fecha al momento en que la entidad emisora tuvo que ser intervenida por el FROB.

Acciones.–En la comercialización de los productos financieros complejos sujetos a la normativa MiFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.

Indemnización de daños y perjuicios.–La indemnización de daños y perjuicios, al amparo del artículo 1101 CC, por el negligente cumplimiento por la entidad financiera de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada del producto financiero litigioso, debemos decir lo siguiente. Es cierto que la jurisprudencia reconoce que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del artículo 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión. Ahora bien, también

debe tomarse en consideración que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, para estimarla acción de indemnización de daño es preciso que el perjuicio quede acreditado.

Extensión de la indemnización por responsabilidad contractual.–La cuestión de la extensión o alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por un defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros complejos es preciso que para la determinación del daño indemnizable derivado del incumplimiento de las obligaciones de información de la entidad financiera (art. 1101 CC), tener en cuenta, junto a los daños sufridos, la eventual obtención de ventajas por el acreedor. La aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* significaba que en la liquidación de los daños indemnizables debía computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional y con relación al incumplimiento contractual como título de imputación de la responsabilidad de la entidad bancaria, por los daños sufridos por los clientes en una adquisición de participaciones preferentes, el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes.

Relación obligacional que genera daño y ventaja al mismo tiempo.– La jurisprudencia sostiene que, en el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño –en el caso, por incumplimiento de la otra parte– pero también una ventaja –la percepción de unos rendimientos económicos–, deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste.

Justificación.–Dicha regla no está expresamente prevista en la regulación legal de la responsabilidad contractual, su procedencia resulta de la misma norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento del daño producido por su acción u omisión, ya que solo cabrá reputar daño aquel que efectivamente haya tenido lugar. Al decir el artículo 1106 CC que «la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor», se desprende que la determinación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual deberán computarse todos aquellos lucros o provechos, dimanantes del incumplimiento, que signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por el acreedor.

Daño efectivamente ocasionado.–Cuando se incumple una obligación no se trata tanto de que el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como de que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultante de la producción recíproca de daño y lucro.

Indemnización de daños y perjuicios como concreción de las consecuencias económicas negativas.–La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido al acreedor, es decir, resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudica-

do. Desde ese punto de vista, no puede obviarse que a la demandante no le resultó indiferente económicamente el desenvolvimiento del contrato, puesto que como consecuencia de su ejecución recibió unos rendimientos pecuniarios. Por lo que su menoscabo patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial. En fin, la cuestión no es si la demandante se enriquece o no injustificadamente por no descontársele los rendimientos percibidos por la inversión, sino cómo se concreta su perjuicio económico causado por el incumplimiento de la otra parte.

Pérdida neta sufrida.–La jurisprudencia considera en los casos en que, una vez sumadas las cantidades obtenidas tras el canje obligatorio y las percibidas como rendimientos de la inversión, resultó que los inversores habían recibido una suma superior a la inicialmente invertida. En consecuencia, no procede indemnización alguna, puesto que el daño económico sufrido por los adquirentes, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su inversión, que no se produjo. (**STS 750/2024, de 28 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–A. suscribió una orden de compra de obligaciones subordinadas, con posterioridad el Banco de España comunicó que la entidad emisora de los mencionados títulos precisaba un capital adicional, como quiera que llegada esta fecha no lo logró dicho capital, tuvo que solicitar ayuda al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que amplió el capital social de N. B. S. A mediante la emisión de nuevas acciones ordinarias que fueron íntegramente suscritas y desembolsadas por el FROB, que pasó a ser titular del 93,16 % del capital social, correspondiendo la titularidad del restante 6,84 % a N. B. S. A. La representación procesal de don A. interpuso una demanda contra A. C. B., S. A. (sucesora de la entidad comercializadora de las obligaciones subordinadas), en la que con carácter principal solicitaba se declarasen nulos ya sea por nulidad radical o por vicio de consentimiento la totalidad de los actos y contratos(a modo enunciativo, órdenes de suscripción), en virtud de los cuales la parte actora figuraba como titular de las obligaciones subordinadas y/o acciones, con la consiguiente restitución de prestaciones, y subsidiariamente, se declaren resueltos la totalidad de los actos y contratos (a modo enunciativo, órdenes de suscripción). La entidad demanda se opuso a la demanda, solicitando su desestimación y la condena en costas a la parte actora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ourense dictó sentencia desestimó la acción principal, al considerarla extinguida por razón de caducidad, y estimó la pretensión subsidiaria resolutoria, declarando la resolución de la orden de valores suscrita por A., en virtud de la cual, éste adquirió ciertos valores y condenó a A. C. B., S. A. a devolver al actor cierta cantidad de dinero con los intereses legales devengados desde la fecha de su abono; mientras que don A. debería restituir a la entidad demandada el importe de los rendimientos y/o dividendos percibidos así como la cuantía que recibió, tras la venta de las acciones en que aquellos valores se habían convertido, con abono de lo percibido en concepto de cupón corrido, con los intereses legales devengados desde la fecha

de cada cobro. Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la demandada. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad financiera A. C. B. S. A., La Sección 1.º de la Audiencia Provincial de Ourense, estimó el recurso de apelación interpuesto y estimó la impugnación planteada por la representación procesal de A. contra la sentencia de instancia por lo que revocó la sentencia apelada, estimó la pretensión principal deducida en la demanda al razonar que la acción de anulabilidad no había caducado al considerar que el *dies a quo* del cómputo del plazo de cuatro años había que fijarlo en la fecha del canje obligatorio de los títulos, consideró que la parte demandada no había acreditado el cumplimiento de los deberes de información que le incumben legalmente, si bien negó que tal incumplimiento permitiera, de acuerdo con la jurisprudencia, resolver el contrato, sino solo ejercer una acción de nulidad por error vicio o una acción de indemnización por incumplimiento contractual por incorrecto asesoramiento, declarando la nulidad del contrato de adquisición de obligaciones subordinas, en consecuencia, condenó a la entidad demandada a restituir al actor determinada cantidad con sus intereses legales, así mismo la parte actora debía restituir una cantidad en concepto de rendimientos con sus intereses legales, desde la fecha de su percepción. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

7. Préstamo hipotecario. Condición de consumidor.–Aun cuando el destino del préstamo concertado por los demandantes fuera entregarlo a su hija para ayudarla a la compra de un establecimiento de farmacia, son hechos acreditados que los demandantes no son farmacéuticos, ni intervinieron en la escritura de compraventa de dicho establecimiento, que fue adquirido como compradoras por la hija de los demandantes, Delfina, y por Guadalupe, ambas farmacéuticas de profesión. Tampoco ha resultado probada vinculación funcional de clase alguna de los demandantes con el negocio de farmacia de su hija, ni participación en su gestión o beneficios de dicha actividad profesional, ajena a los recurrentes. En definitiva, no ha resultado desvirtuada la condición de consumidores de los demandantes en la operación concernida. (**STS 692/2024, de 20 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.–Los demandantes, Román y Belén, casados bajo el régimen económico matrimonial de gananciales, como parte prestataria, suscribieron con la entidad Bancofar S. A., como parte prestamista, un préstamo con garantía hipotecaria, formalizado mediante escritura pública de 31 de diciembre de 2009, por un principal de 351.855 euros. El objeto de la garantía hipotecaria fue una vivienda titularidad de los demandantes, que habían adquirido para su sociedad legal de gananciales. Mediante escritura de la misma fecha de 31 de diciembre de 2009, ante el mismo notario, se formalizó un contrato de compraventa de un local de negocio de farmacia, por importe de 1.300.000 euros, en que fueron compradoras la hija de los demandantes, Delfina, y Guadalupe, sin que los demandantes interviniesen en dicha adquisición, ni consta participación alguna en dicho establecimiento.

Los demandantes interpusieron demanda de juicio ordinario contra la entidad prestamista, en la que ejercitaron, con fundamento en su cualidad legal de consumidores, una acción individual de nulidad, por abusivas, de tres cláusulas incluidas en la escritura de 31 de diciembre de 2009.

El Juzgado de Primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad por abusivas de las tres cláusulas, apreciando que los demandantes ostentaban la condición jurídica de consumidores.

Contra la sentencia de Primera Instancia el banco demandado interpuso un recurso de apelación, en el que impugnó la condición de consumidores de los demandantes, recurso que fue estimado por la Audiencia Provincial.

Contra la sentencia de la Audiencia los demandantes han interpuesto recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, lo cuales son estimados por el Tribunal Supremo. *(J. M.ª M. F.)*

8. Préstamo personal para la financiación de la adquisición de un vehículo. Cláusula suelo. Aplicación de la normativa de consumo.–La sentencia recurrida desestimó una demanda de declaración de nulidad de una cláusula de limitación de la variabilidad de los tipos de interés con el argumento de que la normativa de protección del consumidor se aplica al préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual, pero no cuando se trata de financiar un vehículo, al que no es aplicable la legislación de consumo. Con todo, afirma el Tribunal Supremo que la condición de consumidora depende del destino personal de lo adquirido, fuera de una actividad empresarial, sin que sea exigible que el objeto sea una vivienda habitual. Así pues, resulta improcedente negar a la demandante la condición de consumidora. (**STS 751/2024, de 28 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–El 3 de noviembre de 2006, Arcadio y Consuelo (única que ha continuado con el procedimiento tras el fallecimiento del primero) concertaron un préstamo personal con la demandada para financiar la adquisición de un vehículo. En el contrato se establecía un interés fijo durante el primer año y después un interés variable. Además, se fijaban límites mínimos (cláusula suelo) y máximos a la variación del tipo de interés aplicable.

El 6 de junio de 2017, Arcadio y Consuelo interpusieron demanda contra la entidad bancaria prestamista en la que, invocando su condición de consumidores, solicitaron que se declarara la nulidad de la cláusula suelo por abusividad y se les restituyeran las cantidades abonadas de más durante su vigencia, demanda que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia.

Los demandantes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, recurso que es desestimado por la Audiencia Provincial.

María Consuelo interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, los cuales son estimados por el Tribunal Supremo. *(J. M.ª M. F.)*

9. Cláusula suelo transparente al negociarse la subrogación en el préstamo al promotor por los abogados del despacho que representaba a los prestatarios.–La Audiencia Provincial considera que los prestatarios, a quienes no niega la condición de consumidores, actuaron a través de un representante con competencias técnicas y conocimiento del sector, a quien por sus funciones le incumbía negociar y contrastar la información. El argumento de la sentencia se ajusta a una valoración conjunta de la prueba practicada y se corresponde con una valoración que no es ilógica ni irracional, dado que, como ha alegado la recurrida y consta en las actuaciones, la escritura de compraventa con subrogación de hipoteca de Casimiro e Inés fue firmada por el abogado de un despacho profesional al que se confirieron mediante un poder notarial amplísimas facultades para la compra de inmuebles, constitución de garantías, incluidas hipotecas, solicitar dinero a préstamo con hipoteca, fijación de interés, y plazo de devolución. Consta igualmente que la comunicación de la entidad demandada se dirigía al gabinete jurídico que se encargaba de las gestiones. De manera semejante sucede con la escritura de compraventa con subrogación de hipoteca de Daniel y Amalia, otorgada en su nombre por un abogado con amplios poderes para comprar inmuebles y solicitar y obtener toda clase de préstamos o créditos con cualesquiera entidades bancarias o de crédito, constitución de hipotecas en garantía de los mismos, subrogarse en préstamos hipotecarios preexistentes, así como para novarlos o modificarlos. En definitiva, en este caso los demandantes deben asumir la misma posición que la persona con conocimientos especializados a la que contrataron para que les representara negociando tanto la compra del inmueble como su financiación. En consecuencia, siendo clara y sencilla la redacción de la cláusula, de adecuada comprensión por persona con conocimientos técnicos en el sector, es lógico y razonable concluir que cuando finalmente escogió la subrogación en el préstamo al promotor lo hizo con conocimiento, y las consecuencias de su conocimiento deben ser asumidas por los demandantes en su relación con la demandada. (**STS 752/2024, de 28 de mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–Casimiro e Inés, con fecha 16 de noviembre de 2005, suscribieron una escritura de compraventa y subrogación en préstamo hipotecario otorgada por la entidad Unicaja a la promotora, la mercantil Arenal Sur 21, S. A. Asimismo, Daniel y Amalia, con fecha 6 de octubre de 2005, suscribieron una escritura de compraventa y subrogación en préstamo hipotecario otorgada por la entidad Unicaja a la misma promotora. Ambas escrituras contenían cláusulas suelo. En dichas escrituras no intervenía la entidad prestamista, Unicaja, y en representación de los prestatarios intervino un despacho de abogados (Anderson & Asociados Abogados, S. L.).

El 1 de septiembre de 2014, los prestatarios presentaron demanda frente al banco solicitando la declaración de nulidad de la cláusula suelo y la devolución de las cantidades satisfechas en su aplicación. El Juzgado de Primera Instancia estimo íntegramente la demanda.

La demandada recurrió en apelación, y la Audiencia Provincial estimó el recurso.

Los demandantes interponen un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo. *(J. M.ª M. F.).*

10. Cláusula suelo: control de transparencia en función de la cualificación profesional del consumidor.–El perfil profesional del consumidor es uno de los elementos tomados en consideración para efectuar el control de transparencia de las cláusulas suelo en cuanto que es relevante a la hora de calibrar el nivel de información necesario para decidir si la cláusula es transparente, esto es, determinar si la información es suficiente para que el consumidor pueda conocer la existencia y alcance de la cláusula y sobre todo la carga económica y jurídica que representa (STS 181/2023, de 7 febrero, y las SSTS 642/2017, de 24 noviembre y 581/2022, de 26 julio, que cita). La mera condición de letrada de la consumidora no puede llevar a concluir que contara con la especialización correspondiente que le proporcionara los conocimientos necesarios sobre la carga jurídica y económica que implica la cláusula suelo, sin necesidad de recibir información precontractual por parte de la entidad bancaria, pues su cometido profesional es ajeno a la información precontractual sobre las condiciones de los préstamos hipotecarios ofertados por el banco.

No superación del control de transparencia material por falta de información precontractual y enmascaramiento de la cláusula suelo entre otras condiciones generales.–Incumbe a la entidad bancaria probar que ha proporcionado al consumidor la información precontractual adecuada y suficiente sobre las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula suelo, por lo que si no se acredita no se superará el control de transparencia material. Además, no supera el control de transparencia una cláusula suelo a la no se preste la importancia que merece al hallarse enmascarada entre otras condiciones generales. (**STS 658/2024, de 13 mayo;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.–Una abogada, con apenas dos años de antigüedad en el ejercicio profesional, suscribió, representada por su padre, abogado laboralista, un préstamo hipotecario en el que se insertó una cláusula suelo, cuya declaración de nulidad pretendió unida a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en su aplicación. Concretamente, en una condición general, después de señalarse el tipo de préstamo como interés variable y otra serie de condiciones económicas, es donde figura la cláusula suelo litigiosa ocho páginas después. En primera instancia se estimó la demanda, pronunciamiento que sería revocado por la Audiencia en atención a la cualificación profesional de la actora. Interpuesto recurso de casación por infracción de los artículos 80, 82 y 83 TRLGDCU y 8.2 LCGC, el Tribunal Supremo casó la sentencia.

NOTA.– Recuerda el Alto Tribunal otros pronunciamientos en los que, para eximir a las entidades bancarias del deber de información precontractual, se ha exigido que los consumidores fueran especialistas en la materia. Así, no se ha considerado superado el control de transparencia por el solo hecho de que el demandante ostente la condición de empleado de banca, si no consta que su cometido estuviera relacionado con la información precontractual sobre las condiciones de los préstamos ofertados, en particular sobre las cláusulas suelo (SSTS 642/2017, de 24 noviembre, y 237/2023, de 14 febrero, citadas por la STS 876/2023, de 5 junio). *(F. S. N.)*

11. Responsabilidad contractual del arquitecto técnico por defectos constructivos frente al promotor, no propietario.–El promotor se encuentra legitimado para ejercitar las acciones contractuales derivadas del arrendamiento de los servicios de dirección de obra, suscrito con el arquitecto técnico, aun cuando no haya sido requerido o demandado por los adquirentes de lo edificado (art. 1544 CC). La responsabilidad solidaria del promotor frente a los compradores de los pisos permite que éste trate, legítima y legalmente, de eludir tal responsabilidad demandando anticipadamente al agente que considere responsable del defecto. El promotor puede obtener la condena judicial de éste a ejecutar las reparaciones necesarias, o a satisfacer las indemnizaciones procedentes causadas por la inobservancia de las reglas de la *lex artis*. No borra esta legitimación la que corresponde a los sucesivos propietarios (SSTS 387/2021, de 7 junio, y 871/2005, de 7 de noviembre, que cita las de 7 de junio de 1990 y 8 de junio de 1992, entre otras).

Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario en el ejercicio de las acciones contractuales del promotor frente al resto de agentes de la edificación.–Al promotor no puede exigírsele que demande a otros agentes, eventuales responsables, como otros técnicos, en tanto que la responsabilidad de cada uno de ellos es personal, basada en el incumplimiento de las obligaciones constitutivas de la *lex artis*; y cuando existe indeterminación de la responsabilidad surgirá la solidaridad excluyéndose el litisconsorcio pasivo necesario. Cuestión distinta es que el demandado sea o no responsable o lo fueran otros agentes de la construcción, o, incluso, la propia promotora en la doble condición de promotora y contratista, lo que afecta ya a la cuestión de fondo. (**STS 512/2024, de 17 abril;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.–La promotora y constructora encargada de la rehabilitación y reforma de un edificio transmitido a terceros demandó al arquitecto técnico, con quien había contratado la dirección de ejecución de la obra, solicitando su condena al pago del coste de unas reparaciones que había afrontado, así como a reparar una serie de defectos constructivos, que aún no había subsanado la promotora. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pronunciamiento que sería confirmado por la Audiencia Provincial al considerar, por un lado, que no siendo el demandado el único profesional que intervino en la obra, no cabe dirigir la demanda exclusivamente frente a él y, por otro, que el promotor no se encuentra legitimado para reclamar la reparación de defectos que previamente no había reparado, al no resultar perjudicado por ellos. Por lo demás, desestimó la reclamación del coste de unas reparaciones realizadas al no considerar responsable al arquitecto técnico. La promotora interpuso recurso de casación articulado en dos motivos. En el primero, alegó infracción de los artículos 1091, 1098, 1101, 1103, 1104, 1124 y 1258 CC, en relación con los artículos 1544 y 1588 CC, sosteniendo que, de acuerdo con la jurisprudencia, posee legitimación. Y en el segundo, con idéntico fundamento legal, se esgrimió una vulneración de la doctrina jurisprudencial según la cual no puede exigírsele a la promotora que demande a otros agentes de la edificación, al encontrarnos ante acciones contractuales. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación, y al considerar legitimado al promotor para reclamar la

reparación de defectos devolvió las actuaciones a la Audiencia para que se pronunciara al respecto, sin perjuicio de la firmeza de otros pronunciamientos, que fueron desestimados, como el relativo al reintegro de las referidas facturas abonadas por la promotora.

NOTA.–El reconocimiento de legitimación al promotor después de la venta del edificio ha sido una doctrina jurisprudencial particularmente discutida cuando éste no ha reparado previamente los defectos constructivos Cadarso Palau, J. (1976), *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, p. 181, y Salvador Coderch, P. (1993), en *Comentario del Código Civil,* II, Madrid, p. 1193). En el supuesto de que el promotor obtenga una cantidad dineraria, se corre el riesgo de que no se emplee en la reparación de los defectos Martínez Escribano, C. (2007), *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación,* Valladolid, p. 44). Además, la admisión de estas acciones sin que el promotor sea propietario ni haya indemnizado a los adquirentes puede colisionar con las que éstos ejerciten frente a los agentes, en cuyo caso deberá darse preferencia a las últimas (Santana Navarro, F., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», *ADC*, 2019, II, p. 388). En el caso comentado se dio la circunstancia de que, al año siguiente de interponerse la demanda, la comunidad de propietarios inició un procedimiento, aunque lo dirigió exclusivamente frente a la promotora y además su acumulación fue denegada por el Juzgado mediante resolución firme. *(F. S. N.)*

12. Aplicación del artículo 1124 CC a un contrato de préstamo hipotecario, en caso de incumplimiento esencial e intencional. Doctrina de la STS del Pleno 432/2018, de 11 de julio.–En el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el artículo 1124 CC, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente.

El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al artículo 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses.

El incumplimiento contractual que da lugar al ejercicio de la facultad resolutoria contemplada en el artículo 1124 CC debe ser esencial, intencional y que haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo, privando sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato (STS 1000/2008, de 30 de octubre). (**STS 335/2024, de 7 de marzo;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.–Daniela y Julio concertaron un préstamo hipotecario con una Caja de Ahorros por 135.000 euros. Los prestatarios

dejaron de pagar ocho cuotas trimestrales, que sumaban 29.434,32 euros, lo que provocó el cierre de la cuenta.

Las quince cuotas trimestrales posteriores continuaron sin pagarse, de tal forma que cuando se presentó por la entidad prestamista la demanda de resolución del contrato por incumplimiento grave y esencial de las obligaciones nacidas del contrato de préstamo hipotecario, los prestatarios adeudaban 23 cuotas (69 meses); subsidiariamente, la actora solicitó la condena a los demandados al pago de la suma de 29.434,32 euros, más los intereses que de ese importe se devengaran hasta la sentencia, al tipo remuneratorio previsto en el contrato. También pedía la condena al pago de las cuotas devengadas e impagadas desde el cierre de la cuenta hasta la sentencia, y en su caso las que se devengaran desde la sentencia hasta el íntegro pago del préstamo; así como, los intereses de mora procesal que se devengaran desde la sentencia y hasta el completo pago de las sumas.

El juzgado desestimó la resolución del contrato en aplicación del artículo 1124 CC, al considerar que el incumplimiento no era grave ni relevante, y apreció que la cláusula de vencimiento anticipado era nula, por abusiva, y por ello inaplicable; pero estimó íntegramente la pretensión ejercitada con carácter subsidiario. La audiencia no apreció el recurso de *apelación de la demandante.* El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación al declarar la resolución del contrato de préstamo hipotecario, condenando a los demandados a la restitución del principal e intereses adeudados al cierre de la cuenta (112.684,32 euros), más los intereses devengados desde entonces hasta la sentencia, al tipo de demora del interés remuneratorio previsto en el contrato. *(I. D.–L. S.)*

13. Momento de devengo de intereses respecto del cobro de lo indebido en virtud del artículo 1896 CC.–El texto del primer apartado del artículo 1896 CC es el siguiente: «El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere».

El *accipiens* de mala fe debe abonar los frutos percibidos y debidos percibir si lo recibido es una cosa fructífera y, si se trata de capitales, debe abonarlos intereses legales. Estos no son moratorios, sino indemnizatorios del tiempo durante el que el *solvens* se vio privado indebidamente del capital, por la retención por parte del *accipiens* de lo que nunca debió cobrar, por lo que el régimen aplicable no es el de la mora de los artículos 1101 y 1108 CC.

La STS 725/2018, de 19 de diciembre, sintetiza la doctrina sobre esta cuestión: «Conforme al artículo 1896 del Código Civil, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero, deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido. A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del artículo 1896 del Código Civil excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los artículos 1101 y 1108. Si se pospusiera la eficacia de la obligación

de pagar los intereses del capital cobrado indebidamente hasta la intimación del acreedor se reconocería al *accipiens* de mala fe un enriquecimiento (el disfrute del capital cobrado indebidamente sin pagar interés alguno) que pugna con el régimen del artículo 1896». (**STS 684/2024, de 14 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.–Justa interpone demanda de juicio ordinario contra Vodafone, en la que solicita la restitución de una cantidad de dinero sobre la base de la institución del cobro de lo indebido. La demanda es estimada. El juzgado estima que el pago de los intereses debe realizarse desde la fecha en la que la demandante había formulado la reclamación a la demandada, en aplicación de los artículos 1101 y 1108 CC.

Justa recurre en apelación. El recurso es parcialmente estimado, en virtud del cual queda modificada la fecha de devengo de intereses.

Justa interpone recurso de casación, que es estimado. El cobro de lo indebido fue de mala fe, de modo que, en aplicación del artículo 1896 del CC, el día inicial del devengo de intereses legales es el momento en que se recibió el pago indebido; los artículos 1101 y 1108 CC no resulta de aplicación a este caso. *(T. R. C.)*

14. Doctrina de la perdida de oportunidad.–La necesidad de integración en la jurisprudencia civil de la desarrollada en el ámbito contencioso administrativo sobre la teoría de pérdida de oportunidad, en aquellos supuestos en que se ejercita acción directa frente a la aseguradora de la administración pública, que determina la necesidad de análisis de la conducta de dicha Administración asegurada conforme a los parámetros propios del derecho administrativo.

Común a ambas jurisdicciones.–La doctrina de la pérdida de oportunidades es común a ambas jurisdicciones, civil y contencioso administrativa, y el recurrente admite que la resolución del litigio implica acudir a las leyes administrativas, por lo que abordaremos tal motivo del recurso, lo que no produce indefensión alguna a la contraparte. En efecto, la jurisprudencia civil ha considerado indemnizable la pérdida de oportunidades como igualmente lo ha hecho la jurisprudencia contencioso-administrativa en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria.

Previsión legal.–Esta aplicación del derecho administrativo, por parte de los tribunales civiles, no es una cuestión extravagante al orden jurisdiccional civil, sino que se encuentra expresamente prevista en la regulación de las cuestiones prejudiciales en el artículo 42.1 LEC, que expresamente señala que *[…] a los solos efectos prejudiciales los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén reservados a los tribunales del orden contencioso administrativo.*

Mala praxis sanitaria.–La jurisprudencia sostiene que, en principio, se ha de aceptar que la detección tardía de una patología cuando se contaba con medios diagnósticos para apreciarla y éstos estaban indicados, conforma un supuesto de mala praxis médica en tanto en cuanto constituye una vulneración de los parámetros exigidos por la *lex artis ad hoc*. Como regla general, las patologías no son estáticas sino dinámicas, de manera tal que, en su proceso natural, cursan en el tiempo desde cuadros clínicos más livianos,

susceptibles de tratamientos más eficaces, a otros graves e irreversibles o incluso mortales. Es por ello por lo que, por regla general, el diagnóstico precoz de una enfermedad adquiere trascendencia jurídica en el ámbito resarcitorio del daño cuando la demora de alguna lo causa o agrava.

Indemnización por diagnóstico tardío.–La jurisprudencia requiere para que el diagnóstico tardío sea indemnizable es preciso que haya producido un menoscabo efectivo en la salud del paciente, bajo la forma de pérdida de expectativas de vida, calidad de ésta, producción de lesiones permanentes o incluso el fallecimiento del paciente en función de las cuales debe ser indemnizado.

Requisitos para la indemnización del daño.–Respecto de los requisitos para la indemnizabilidad del daño, esto es, antijuridicidad y existencia de nexo causal, también nos recuerda la doctrina jurisprudencial, la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Relación de causalidad.–Es evidente que constituye presupuesto indeclinable para la apreciación de la responsabilidad civil o patrimonial de la administración la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de un sujeto de derecho y el resultado producido, y tal requisito opera tanto en los casos de responsabilidad subjetiva como objetiva, pues la diferencia entre ambas radica en el título de imputación jurídica, pero no en el vínculo que ineludiblemente debe existir entre acción u omisión y el resultado dañoso causado, pues como ha reconocido la jurisprudencia si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad objetiva u objetivada y patrimonial de la administración.

Relación de causalidad y doctrina de la perdida de oportunidad.– Esta relación de causalidad también se exige, como no podía ser de otra forma, en los casos de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades. La casuística forense ofrece casos en los que se da una situación de incertidumbre con respecto a cuáles son las consecuencias derivadas de un diagnóstico tardío de una patología imputable a una mala praxis médica, pero en las que existe una probabilidad razonable de que el curso de la enfermedad hubiera sido más beneficioso para el enfermo, con mayores oportunidades de curación, expectativas vitales, calidad de vida o cuadro residual de lesiones permanentes irreversiblemente instauradas.

Incertidumbre de mejor resultado.–La incertidumbre sobre la posibilidad de haber obtenido un resultado más ventajoso es uno de los elementos sobre los que se asienta la doctrina de la pérdida de oportunidades aplicable a la responsabilidad médica ya sea ésta la civil de los sujetos privados o patrimonial de la administración pública; pero, en cualquier caso, es preciso que concurra un elemento adicional de naturaleza probabilística determinante de que la chance frustrada no sea meramente quimérica, ilusoria o remota, sino, por el contrario, fundada en posibilidades serias, reales o razonables de obtener un resultado más beneficioso para el paciente de no haber mediado el diagnóstico erróneo, tardío, o demorada la aplicación de los tratamientos pautados. La jurisprudencia ha declarado que cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias,

y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que, por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habérsele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

Probabilidad.–En sede de probabilidad, la jurisprudencia, en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada, y concede toda la indemnización, mientras que en otros limita la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado. (**STS 334/2024, de 6 de marzo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.–La representación procesal M. A. interpuso demanda contra Z. I. como aseguradora del Servicio Catalán de la Salud, en ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS, en reclamación de una indemnización, más los intereses legales del artículo 20 LCS, por falta de atención, seguimiento y retraso en el diagnóstico, al considerar que existió una actuación negligente por parte del ginecólogo de dicho servicio Dr. B., por no haber solicitado las oportunas pruebas diagnósticas necesarias, igualmente entendió que incurrió en negligencia el radiólogo C., así como también del Dr. C., aprecia la demandante, que el retraso en el diagnóstico ha provocado que se le haya tenido que aplicar un tratamiento más agresivo con las secuelas que ello conlleva, y el hecho de tener un peor pronóstico vital, lo que le genera el correlativo daño moral, y todo ello con solicitud de expresa condena en costas a la parte demandada. La representación de la parte demandada se opuso a la misma y solicitó su desestimación con imposición de costas a la demandante. Fue admitida, mediante auto, la intervención voluntaria del Servicio Catalán de la Salud. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona estimó parcialmente la demanda, pues partió de la base de que la conducta negligente del Dr. B., responsable del retraso en el diagnóstico de la patología sufrida por la demandante, lo que supuso una clara pérdida de oportunidades para la M. A. quien, de otra forma, hubiera podido ser tratada mucho antes y con intervenciones menos radicales y secuelas notablemente inferiores, apreció la sentencia, en consecuencia, una responsabilidad del servicio público de salud por la actuación de uno de sus facultativos de acuerdo con el artículo 1903 CC y se fija la indemnización por daño moral en una determinada cantidad, inferior la reclamada, más intereses del artículo 20 LCS desde la interposición de la demanda, y sin hacer imposición de las costas. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Servicio Catalán de la Salud, y de Z. I., la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia que estimó los recursos interpuestos al entender que no se pueda apreciar responsabilidad de la Administración sanitaria y, consecuentemente, la acción directa ejercida contra la aseguradora debía ser desestimada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

15. Seguro de responsabilidad civil obligatorio del automóvil. Cobertura. El seguro obligatorio derivado de la circulación de vehículos de motor no cubre los daños sufridos por el conductor por la muerte de su cónyuge en accidente imputable al propio conductor asegurado.–Lo que cubre el seguro de responsabilidad civil son los daños o perjuicios por los que haya de responder legalmente la parte asegurada, pero los propios que afectan a ésta no entran en el ámbito de esta clase de seguro ni siquiera, cuando se trate de daños morales ligados a la pérdida de sus familiares (SSTS de 25 de mayo de 2006, y 5 de marzo de 2007, entre otras). Lo anterior es consecuencia directa de la propia naturaleza del seguro de responsabilidad civil.

El seguro de suscripción obligatoria cubre, dentro de los límites establecidos, la responsabilidad civil en que pueda incurrir el conductor de un vehículo de motor por los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación (arts. 1 y 2 LRCSCVM). El sujeto asegurado es el conductor y el objeto del aseguramiento los daños que cause.

El artículo 5.1 LRCSCVM establece que la cobertura del seguro obligatorio no alcanzará a los daños ocasionados a la persona del conductor del vehículo asegurado, a lo que se obliga el asegurador, dentro de los límites establecidos, es al nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por el hecho de la circulación, conforme a Derecho (art. 73 LCS).

De este modo, si no ha nacido ninguna obligación con cargo al patrimonio del asegurado, ninguna obligación indemnizatoria se puede trasladar a la aseguradora, pues no hay propiamente un supuesto de responsabilidad civil, que es lo que da eficacia y cobertura al riesgo. Lo contrario supondría convertir el seguro de responsabilidad civil en uno de accidentes personales, siendo uno y otro de naturaleza jurídica distinta». (**STS 444/2024, de 2 de abril;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

> HECHOS.–Una compañía aseguradora fue condenada al pago de una importante cantidad de dinero a favor del cónyuge del fallecido en accidente de circulación. Se dio la circunstancia de que el accidente lo causó la esposa del fallecido, que era la conductora de vehículo y que fue la que ocasionó el accidente en el que murió su marido, que viajaba como ocupante.
>
> En ambas instancias se condenó a la aseguradora a indemnizar a la esposa en concepto del fallecimiento de su cónyuge mayor de 66 años, en virtud del seguro obligatorio de circulación de responsabilidad civil frente a tercero. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la Compañía aseguradora. *(C. O. M.)*

16. Responsabilidad por productos defectuosos: limitación temporal.–Se trata de una limitación temporal de la responsabilidad que el legislador europeo justificó tanto por el tipo de responsabilidad que establecía para los productos defectuosos (como contrapeso a la responsabilidad objetiva) como por el avance de los conocimientos científicos y técnicos conforme a los cuales se elaboran los productos. Así lo explicaba el considerando 11 de la Directiva 85/374 CEE, al recoger que los productos se desgastan con el tiempo, que cada vez se elaboran normas de seguridad más estrictas y se avanza más en los conocimientos científicos y técnicos; que, por tanto, no sería razonable hacer responsable al productor del estado defectuoso de su

producto por tiempo ilimitado; que la responsabilidad debería pues extinguirse transcurrido un plazo de tiempo razonable, sin perjuicio de las acciones pendientes ante la ley. Se trata de un plazo máximo que el legislador europeo incorporó a la vista de la experiencia angloamericana en materia de *products liability* con la finalidad de evitar que el productor respondiera por tiempo ilimitado, lo que dificultaría el cálculo de riesgos y su aseguramiento. Por ello, a diferencia de lo que sucede con el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo de prescripción, el plazo de diez años no coincide con el nacimiento de la pretensión ni con la posibilidad de ejercitar la pretensión resarcitoria, sino de manera objetiva con el momento en que el productor, por su propia voluntad, puso en circulación el producto. Así, el plazo de prescripción de tres años se computa en cada caso con un componente subjetivo, atendiendo al conocimiento de los presupuestos de la pretensión indemnizatoria y de la persona a la que se le puede exigir. En cambio, el plazo de diez años de extinción previsto en el artículo 144 TRLGDCU, en cuanto límite máximo a la exigibilidad de responsabilidad se fija de manera objetiva desde la puesta en circulación, cuando el fabricante deja de tener bajo su control el producto causante del daño.

Responsabilidad de los suministradores y distribuidores.–Por lo que se refiere a la responsabilidad de los suministradores y distribuidores de los productos, el TJUE ha reiterado en varias ocasiones que las normas nacionales que prevén la responsabilidad del distribuidor de un producto defectuoso en las mismas condiciones que la del fabricante son contrarias a la Directiva, que solo prevé la responsabilidad del suministrador, de manera subsidiaria, cuando el productor no puede ser identificado. Pero, en cambio, el Tribunal de Justicia ha admitido la compatibilidad de la norma comunitaria con las normas nacionales que imputan responsabilidad al distribuidor con arreglo a criterios de responsabilidad por culpa o las tradicionales sobre responsabilidad por vicios. El legislador español, al incorporar a nuestro ordenamiento interno el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, a la responsabilidad subsidiaria del proveedor (equivalente en la ley española a suministrador o distribuidor) prevista en el artículo 138.2 TRLGDCU conforme al régimen de la Directiva, añadió expresamente otro supuesto de responsabilidad del proveedor en el artículo 146 TRLGDCU. Esta regla de responsabilidad del proveedor, que no es subsidiaria de la del fabricante, es ajena a la Directiva, y debe interpretarse en el marco de la jurisprudencia del TJUE.

Concepto de *puesta en circulación*.–Nuestra jurisprudencia nacional considera que el artículo 11 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que un producto se pone en circulación cuando sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido. Ni la Directiva 85/374 CEE ni la ley española que la incorpora a nuestro ordenamiento interno contienen una definición de lo que debe entenderse por la puesta en circulación de un producto. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el concepto de puesta en circulación declarando que el concepto se debe interpretar conforme a la finalidad y al objetivo perseguido por la Directiva. Por lo que se refiere a cómo debe interpretarse el concepto de puesta en circulación y su relación con la entrega del producto a una filial del mismo grupo y la función que cada una de ellas desempeña en la producción y distribución, la jurisprudencia nacional considera que, hay que estar a las sentencias del TJUE que admiten que el juez nacional puede determinar, a la luz de las circunstancias

concretas de cada asunto y de la situación fáctica que se les plantea, si los lazos entre el productor y otra entidad son los suficientemente estrechos para que el concepto de productor, en el sentido de los artículos 7 y 11 de la Directiva, englobe también a esta última entidad y para que la transmisión del producto de una a otra no entrañe su puesta en circulación.

Vínculos entre matriz y filial.–La valoración de esos vínculos estrechos entre filial y matriz le permitirían al tribunal nacional admitir que el fabricante pudiera sustituir a la filial en el procedimiento iniciado en plazo contra la filial, cuando ya habían transcurrido los diez años para dirigirse en nuevo procedimiento contra el fabricante**.** La jurisprudencia del TJUE afirma que carece, en principio, de importancia que el producto se venda directamente del productor al usuario o consumidor o que esta venta se efectúe en el marco de un proceso de distribución de uno o varios intermediarios, Ahora bien, cuando uno de los eslabones de la cadena de distribución está estrechamente ligado al productor, es necesario determinar si ese vínculo tiene como consecuencia que dicha entidad esté en realidad implicada en el proceso de fabricación del producto de que se trata.

Relación entre fabricación y distribución.–La valoración de esa estrecha relación debe efectuarse con independencia de si se trata o no de diferentes personas jurídicas. En cambio, es pertinente saber si se trata de empresas que ejercen actividades de producción distintas o si, por el contrario, la empresa filial actúa simplemente como distribuidora o como depositaria del producto fabricado por la empresa matriz. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar, a la luz de las circunstancias concretas de cada asunto y de la situación fáctica que se les plantea, si los lazos entre el productor y otra entidad son lo suficientemente estrechos para que el concepto de productor, en el sentido de los artículos 7 y 11 de la Directiva, englobe también a esta última entidad y paraque la transmisión del producto de una a otra no entrañe la puesta en circulación de éste en el sentido de las mencionadas disposiciones.

Atribución equivocada de la condición de fabricante por el perjudicado.–Elementos subjetivos basados, por ejemplo, en la atribución equivocada, por parte del perjudicado, de la condición de fabricante del producto supuestamente defectuoso a una empresa que no lo es o incluso en la intención real de la víctima de perseguir a dicho fabricante, a través de su acción ejercitada contra otra sociedad, no pueden justificar la sustitución, una vez expirado el plazo de diez años que fija su artículo 11, de este fabricante en un procedimiento judicial incoado dentro de este plazo contra otra persona, si no se quiere hacer caso omiso de la dimensión objetiva de las normas de armonización establecidas por la Directiva 85/374. La jurisprudencia europea añade algunas precisiones para orientar al órgano jurisdiccional nacional en la solución del litigio principal, si a la vista de la prueba considera acreditado que si la sociedad matriz que fabrica el producto de que se trata, decidió, de hecho, la puesta en circulación de este, el artículo 11 de la Directiva 84/374 no se opone a que el tribunal considere que, en la acción judicial ejercitada contra la filial dentro del plazo fijado por este artículo sobre la base del régimen de responsabilidad previsto por dicha Directiva, la sociedad matriz, «productor» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esta Directiva puede sustituir a la citada filial. Pero también le recuerda que, de conformidad con el régimen de la Directiva, si el productor del producto no pudiera ser identificado, el suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de su

propio suministrador dentro de un plazo de tiempo razonable, y que esta disposición es aplicable en aquellos supuestos en los que, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto, a la víctima del producto supuestamente defectuoso no le resultaba razonablemente posible identificar al productor de dicho producto antes de ejercitar sus derechos frente a su suministrador, extremo éste que, en el presente asunto incumbirá determinar, en su caso, al órgano jurisdiccional nacional.

Responsabilidad subsidiaria del distribuidor.–La responsabilidad subsidiaria del distribuidor procede de haber puesto en circulación el producto defectuoso y no haber identificado oportunamente al fabricante. Como causa de extinción de la responsabilidad el plazo de diez años se refiere a cada sujeto al que se exige responsabilidad desde que comercializa el producto (el productor respecto del producto acabado, el suministrador desde que lo pone en circulación). En otro caso, si se computara el plazo desde que el producto fue comercializado por el fabricante, la dilación de la distribuidora que comercializa un producto defectuoso en identificar al fabricante podría dar lugar a la extinción tanto de la responsabilidad del fabricante como de la responsabilidad del mismo suministrador, limitando el ejercicio delos derechos resarcitorios de las víctimas de daños por productos más allá de lo que resulta de la Directiva, que establece la responsabilidad subsidiaria del suministrador cuando no está identificado el fabricante y conforme al mismo régimen jurídico del productor. (**STS 161/2024, de 7 de febrero de 2024;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–La representación procesal de Z interpuso demanda de reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios contra los doctores F y G., y la mercantil S. & N. S. A., empresa distribuidora de una prótesis de cadera que se le implantó en el año 2007 la prótesis para solucionar sus problemas derivados de la coxartrosis que padecía. La artroplastia no ofreció los efectos esperados, la paciente hubo de someterse a diversas intervenciones y, finalmente, en 2014, se le extrajo la prótesis y se le implantó otra prótesis de otra marca, después de lo cual ha sufrido nuevas luxaciones e intervenciones quirúrgicas, la retirada de la segunda prótesis implantada, así como la colocación de un espaciador protésico que a su vez fue cambiado con posterioridad. La sociedad demandada, que es la distribuidora de la primera prótesis implantada, pertenece al mismo grupo que la sociedad que la fabricó, y que no ha sido demandada. Los demandados contestaron a la demanda solicitando la desestimación integra de la misma con expresa condena en costas a la parte actora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Palma de Mallorca al apreciar que, de la propia documental aportada por la demandante, resultaba que la demandada no era la fabricante, sino la distribuidora, por lo que no debía responder como fabricante, sin que tampoco hubiera quedado acreditado que la demandada hubiera distribuido la prótesis a sabiendas de que era defectuosa ni existiera negligencia alguna por su parte, por ello desestimó la demanda y absolvió a los demandados de las pretensiones instadas en su contra, con imposición de costas a la actora, declarándose temeridad respecto a la demanda formulada frente a F. y G. Recurrida en apelación por la representación de Z, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Mallorca consideró que durante el tiempo

en el que la actora se dirigió a ella extrajudicialmente reclamando por los daños que decía haber sufrido por la prótesis implantada, la demandada creó una apariencia de ser la fabricante, generando así la confianza razonable de que la demanda se dirigía contra quien produjo la prótesis, por lo que debía responder como tal, en consecuencia dictó sentencia estimando parcialmente el recurso al acoger la legitimación pasiva de la entidad S. & N. S. A., revocando igualmente la resolución de instancia en relación con la imposición de costas a la actora respecto de la acción dirigida contra dicha sociedad, al apreciar serias dudas de Derecho sobre la extinción de dicha acción. Por consiguiente, no se imponen las costas de primera instancia a la actora por su demanda planteada contra la citada mercantil. Al tiempo que confirma la sentencia de primera instancia en los restantes pronunciamientos, por tanto, en cuanto desestima la demanda interpuesta contra todos los demandados, y manteniendo la imposición de costas de primera instancia por temeridad respecto de la demanda interpuesta contra F. y G., en cuanto a las costas de la apelación, no se imponen respecto del recurso de apelación en relación con la entidad mercantil S. & N. S. A., y se imponen a la apelante, apreciando temeridad, en relación con su recurso respecto a F. y G. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

DERECHO REALES. DERECHO HIPOTECARIO

17. Existencia de título para la usucapión ordinaria.–Para la usucapión (prescripción) ordinaria de la propiedad (o de un derecho real) se necesita poseer las cosas por el tiempo determinado en la ley a título de dueño, con buena fe y «justo título» (arts. 1940 y 1957 CC). Justo título es el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de que se trate (art. 1952 CC). El título «justo» es, por tanto, el adecuado para transmitir la propiedad (o el derecho real de que se trate).

Como con claridad dijo la célebre STS de 30 de marzo de 1943: «el justo título que para la prescripción se requiere es aquel que por su naturaleza es capaz de producir la transmisión del dominio, aunque exista algún defecto o vicio originario que afecte a la facultad de disponer del transmitente, pues precisamente para subsanar tales vicios o defectos existe la prescripción, que, de otro, modo sería inútil».

El título para la prescripción, además, «ha de ser verdadero y válido» (art. 1953 CC). La necesidad de título verdadero excluye la inexistencia de título, y la exigencia de que el título sea válido excluye al radicalmente nulo. La usucapión ordinaria no tiende a sanar las posibles deficiencias de nulidad de que adolezca el título, sino la falta de poder de disposición de quien transmitió la posesión de la cosa en virtud del título.

El hecho de la falta del poder de disposición del vendedor no hace nulo un contrato, sino que esa falta de poder de disposición es lo que, en caso de concurrir todos los presupuestos, puede subsanarse mediante la usucapión.

Elementos comunes por naturaleza y por destino en sede de propiedad horizontal.–En sede de propiedad horizontal, la jurisprudencia ha venido admitiendo la distinción entre elementos comunes por naturaleza y por

destino. Los elementos comunes por naturaleza lo son cuando su propia existencia viene exigida para el uso y aprovechamiento de las unidades privativas. Pero puede haber elementos comunes por conveniencia, cuando así se acuerde, para un mejor disfrute de los elementos privativos. Ello es coherente con lo dispuesto en el artículo 396 CC, que no excluye totalmente la autonomía privada, puesto que en su último párrafo establece que «esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados».

En la medida en que los elementos comunes por naturaleza, en cuanto que presupuestos consustanciales a la propia existencia de la propiedad horizontal, deben ser necesariamente comunitarios, no podrían configurarse como privativos, ni originaria ni posteriormente en virtud de desafectación. Por la misma razón tampoco sería posible que se adquiriera su propiedad por usucapión. Pero no sucede lo mismo con las zonas a las que se atribuye carácter comunitario cuando no sean necesarias para el uso o disfrute de los elementos privativos.

Esta circunstancia permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior unánime de la comunidad de propietarios, pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean solo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc.

El hecho de que no pueda acreditarse una determinada desafectación por un acto de la comunidad no significa que tal elemento no pudiera ser objeto de propiedad privativa, al no ser un elemento común por naturaleza y, por tanto, no excluye que pudiera adquirirse la propiedad por usucapión.

Por su parte, a diferencia de lo que sucede en sede de prescripción extintiva de acciones (art. 1973 CC), la usucapión no se interrumpe por la mera reclamación del eventual perjudicado, y solo son causas hábiles para interrumpir la posesión *ad usucapionem* las previstas en los artículos 1943 y ss. CC, que no contemplan la reclamación extrajudicial. (**STS 623/2024, de 8 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–Nicanor y Lorena adquirieron del promotor-constructor en documento privado un local y una vivienda en un edificio que se proyectaba construir en un solar propiedad del constructor. En ese momento, el edificio estaba definido en una escritura de obra nueva y división horizontal mediante escritura otorgada por el promotor-constructor en fecha 14 de marzo de 1990, en la que se decía que el edificio se compondría «de planta baja o primera, planta segunda, tercera y cuarta y terraza». Después del otorgamiento del mencionado contrato de compraventa, se produjeron varias subsanaciones del título constitutivo mediante el otorgamiento de escrituras en las que intervinieron, además del constructor, algunos adquirentes de elementos privativos.

Nueve propietarios de viviendas en nombre propio y Santos en nombre de una comunidad de propietarios interponen demanda de juicio ordinario contra Nicanor y Lorena. Solicitan se declare que las nueve personas son las propietarias de tres trasteros y la comunidad de propietarios, de una terraza, de modo que se determine la

devolución de su posesión por parte de los demandados. La demanda es parcialmente estimada, de modo que se declara la propiedad de los trasteros en favor de los nueve propietarios y la de la terraza, en favor de la comunidad. El juzgado considera nula la compraventa de 1990 porque el objeto, al no estar contemplado en el título constitutivo, era una cosa fuera del comercio y que además vulneraba la legalidad urbanística; respecto de la compra de los trasteros, el juzgado consideró que, aun admitiendo que los propietarios de las viviendas hubieran transmitido su titularidad, los contratos serían radicalmente nulos conforme al artículo 6.3 CC y al artículo 3 LPH, porque supondrían la transmisión separada de anejos inseparables de las viviendas.

Nicanor y Lorena recurren en apelación, recurso que es desestimado. La Audiencia Provincial considera que el título invocado para la usucapión es nulo, por ser contrario a las normas imperativas de la LPH y al artículo 396 CC, por lo que no era justo título.

Ambos interponen recurso de casación. El recurso es estimado. Ello se fundamenta en que la razón por la que el demandado no adquirió la propiedad objeto del contrato de 1990 con el constructor es porque, cuando terminó la obra, este no pudo transferir al demandado la propiedad, al no tener poder de disposición sobre esa zona, ya que, como consecuencia de las subsanaciones que se hicieron del título constitutivo con posterioridad al mencionado contrato, la planta en cuestión era un elemento común, en el que, además, habría tres trasteros cuyo uso exclusivo se atribuía como anejo de otras tres viviendas. El hecho de la falta del poder de disposición del vendedor no hace nulo el contrato. Esa falta de poder de disposición es lo que, en caso de concurrir todos los presupuestos, puede subsanarse mediante la usucapión. Además, las partes no discuten que el demandado ocupó la planta reivindicada desde la entrega de la obra (a principios de 1992) y que se ha venido comportando como dueño desde entonces (en las juntas de la comunidad, en el ayuntamiento al solicitar una licencia de obras). En consecuencia, el Tribunal Supremo entiende que Nicanor y Lorena son los propietarios de la vivienda litigiosa (incluidos los trasteros) al haberla adquirido por usucapión. *(T. R. C.)*

18. Interpretación del artículo 7.2 LPH respecto de la noción de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.–Con relación al artículo 7.2 LPH, no tiene la misma finalidad un local destinado a almacén para guarda de objetos que un local destinado a garaje para guarda y circulación de vehículos. Asimismo, la industria de garaje está clasificada como peligrosa en el Reglamento de 30 de noviembre de 1961.

De tal modo, si alguien cambia el destino señalado en una escritura de obra nueva y propiedad horizontal de almacén a garaje, debe ser condenado a cesar en la actividad o negocio de garaje y aparcamiento de coches. El Reglamento citado está derogado, pero la alusión en el artículo 7.2 LPH a las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas sigue vigente y, en consecuencia, exige considerar la normativa estatal, autonómica o local aplicable en cada caso.

En este sentido es necesario observar que la de aparcamiento es una actividad con incidencia ambiental, ya que es susceptible de producir molestias, alterar las condiciones de salubridad del medio ambiente u ocasiona riesgos o daños a las personas o al medio ambiente (art. 1 de la Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control ambiental de Actividades en la Comunitat Valenciana) y que está incluida dentro de las actividades sometidas a licencia ambiental a las que se refiere el Anexo 2 de la Ordenanza Municipal del municipio de que se trata (Villena) para la Prevención y Control Integrado de la Contaminación, aprobada el 25 de julio de 2013. Esta Ordenanza municipal considera infracción grave incumplir las condiciones fijadas en la licencia ambiental o comunicación ambiental o autorización de la actividad.

De tal modo, el uso de un espacio como garaje sin que ese uso para este fin haya sido expresamente autorizado supone una contravención de las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, que es el modo en el que se sigue expresando el artículo 7.2 LPH para describir uno de los tipos de actividades no permitidas, artículo queresulta de aplicación en este caso.

El hecho de que, eventualmente, haya más de un caso en que se haga uso de un espacio como garaje sin autorización para ello no puede justificar que se actúen por la vía de hecho y al margen de las vías legales que están abiertas y a disposición de cualquiera que considere que está siendo injustificadamente discriminado o tratado con abuso de derecho por la comunidad. (**STS 239/2024, de 23 de febrero;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.–La comunidad de propietarios de un edificio destinado a garajes y trasteros interpone demanda de juicio ordinario contra Indalecio e Inmaculada, en la que solicitan el cese del uso del trastero número 1, al estar utilizando como garaje un espacio que no cuenta con licencia para ello, sino para uso como trastero. La demanda es estimada.

La sentencia es recurrida en apelación por Indalecio e Inmaculada. El recurso es estimado, dado que la Audiencia Provincial entiende que no cabe subsumir el uso que hacen los recurridos del trastero como aparcamiento en alguna de las actividades no permitidas del artículo 7.2 LPH.

La comunidad de propietarios interpone recurso de casación, que es estimado. El certificado emitido por la secretaria general del Ayuntamiento de Villena indica que la licencia de actividad fue concedida «única y exclusivamente para 26 plazas de aparcamiento para otros tantos vehículos automóviles, así como para 26 cuartos trasteros». En consecuencia, cabe afirmar que Indalecio e Inmaculada, al utilizar el espacio destinado a trastero como plaza en la que estacionar un vehículo, no solo han añadido sin el consentimiento de la comunidad una plaza de aparcamiento más a las 26 que se describen en el título constitutivo, sino que, además, están incumpliendo las condiciones en las que el Ayuntamiento de Villena concedió la licencia de apertura para la actividad de garaje privado en el edificio comunitario. *(T. R. C.)*

19. Tercero hipotecario. La inscripción del transmitente ha de ser anterior a la adquisición del tercero.–El artículo 34 LH exige que el tercero, para quedar protegido, adquiera el derecho «de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo». Es decir, que adquiera de quien conste en el Registro como titular actual del derecho y que del Registro se infiera que tiene poder de disposición del derecho. La inscripción del transmitente ha de ser anterior a la adquisición del tercero, ya que la protección del artículo 34 LH se basa en la apariencia jurídica creada por la inscripción. Por ello, a los efectos del artículo 34 LH hay que atender, no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato que la originó. La sentencia recurrida ha entendido que el Banco quedaría protegido en la adquisición del derecho real de hipoteca porque el asiento de presentación del título de quien la constituyó, que luego fue declarado inválido, se practicó antes que el asiento de presentación de la escritura de la hipoteca. Sin embargo, la sentencia prescinde de que, en este supuesto, en el momento de otorgarse la escritura de la hipoteca (que es el momento al que debe estarse para el requisito de la previa inscripción del art. 34 LH) todavía no estaba presentado en el Registro de la Propiedad el título del partícipe en la comunidad por el que se adjudicaba la propiedad de la finca. De este modo, el Banco carecía del previo requisito de la inscripción del artículo 34 LH, pues cuando se otorgó la escritura de hipoteca no estaba presentada en el Registro la escritura de extinción del condominio. Por ello, se estima el recurso de casación y se casa la sentencia recurrida en el sentido de declarar la nulidad de la hipoteca otorgada por Florencio a favor del Banco Castilla La Mancha. (**STS 621/2024, de 8 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–La finca objeto del litigio pertenecía en copropiedad a Florencio, su madre (Paloma) y sus tres hermanas (Marta, Melisa y Milagros). El 30 de julio de 2018, Florencio otorgó escritura de extinción de condominio adjudicándose la totalidad de la finca. La mañana en que se otorgó la escritura de extinción del condominio sobre la finca, se otorgó, en la misma notaría, la escritura de constitución de hipoteca sobre dicha finca a favor del Banco Castilla-La Mancha, en garantía de un préstamo concedido a Florencio para financiar el precio de adquisición de la finca. Ambas escrituras fueron enviadas telemáticamente al Registro de la Propiedad: primero la de extinción de condominio y, seguidamente, la de hipoteca.

La madre y las hermanas de Florencio interpusieron demanda solicitando la nulidad de ambas escrituras, por falta de validez del consentimiento prestado en la extinción del condominio. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, considerando válidas ambas escrituras.

Contra la sentencia de Primera Instancia, los demandantes interpusieron recurso de apelación, el cual es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, en el sentido de declarar la nulidad de la extinción de condominio, pero manteniendo la validez de la hipoteca.

Contra la sentencia de la Audiencia los demandantes interponen un recurso de casación que es estimado por el Tribunal Supremo. *(J. M.ª M. F.)*

DERECHO DE FAMILIA

20. Naturaleza temporal del derecho de uso del domicilio familiar y su vinculación al interés del menor.–El Tribunal Supremo ha sostenido que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos comunes en los supuestos de guarda y custodia monoparental constituye una manifestación del principio *favor filii* (SSTS 671/202, de 2 de junio, 351/2020, de 24 de junio, 861/2021, de 13 de diciembre y 1153/2023, de 17 de julio). Conforme al artículo 96 CC, esta atribución no puede ser objeto de limitación temporal mientras los hijos sean menores de edad, salvo pacto de los progenitores aprobado por la autoridad judicial. El interés protegido en estos casos no es la propiedad de uno de los progenitores sobre el inmueble, sino los derechos del menor en contextos de crisis familiar. Así, una interpretación correctora de esta norma que permita la atribución por tiempo limitado implicaría la vulneración de los derechos de los menores (arts. 14 y 39 CE, posteriormente incorporados a la LOPM).

Atribución del uso de la vivienda familiar tras la mayoría de edad de los hijos con discapacidad.–El Tribunal Supremo defiende que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es equiparable al del hijo mayor con discapacidad, por lo que en estos casos no puede atribuirse su uso indefinidamente. El interés de la persona con discapacidad debe canalizarse a través de un sistema de apoyos que respete su autonomía, voluntad y preferencias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Aunque la vivienda constituya un derecho esencial en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de su personalidad y le asegura una existencia digna, imponer el uso de la vivienda familiar sin plazo determinado y sin una justificación individualizada, vulneraría el principio de proporcionalidad y afectaría desproporcionadamente al derecho de propiedad del otro progenitor, cuya obligación debe reconducirse, en estos supuestos, al deber de prestar alimentos (arts. 142 y 93 CC) (SSTS 31/2017, de 19 de enero y 167/2017, de 8 de marzo).

Atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos mayores de edad con discapacidad en la nueva redacción del artículo 96 CC.–La reforma efectuada por la Ley 8/2021 ha introducido un régimen específico en relación con los hijos comunes con discapacidad que permite que el juez acordar la continuación en el uso de la vivienda familiar, más allá de la mayoría de edad, cuando concurran circunstancias que sí lo aconsejen. En estos casos, serán factores a tener en cuenta, entre otros, el grado de discapacidad, la adecuación del domicilio, la cercanía de centros asistenciales y las posibilidades económicas de los progenitores. (**STS 718/2024, de 23 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

> HECHOS.–Secundino y Salomé contrajeron matrimonio y tuvieron dos hijos, uno de los cuales, también llamado Secundino, había sido declarado incapaz. Años después, en la sentencia de divorcio, de marzo de 2014, se aprobó el acuerdo alcanzado por las partes por el que se atribuía el uso de la vivienda familiar a la madre, con quien convivía el hijo con discapacidad, sin que esta atribución estuviera sujeta a plazo alguno.

Posteriormente, el padre interpuso demanda de modificación de medidas por la que interesaba la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y acordó la extinción del derecho de uso en el plazo de dos años desde la fecha de la resolución. Asimismo, estimó en parte la demanda reconvencional interpuesta por Salomé y elevó la pensión de alimentos a Secundino. Recurrida la resolución por ambas partes, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de instancia y consideró que la atribución del uso de la vivienda familiar debía servir al interés más necesitado de protección, en este caso, el del hijo con discapacidad. Finalmente, el padre interpuso recurso de casación por infracción de los artículos 96.1 CC (en su texto modificado por la Ley 8/2021) y 142 CC. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. *(M. S. G.)*

21. Liquidación de gananciales. Determinación del importe del crédito a favor del marido por el valor de un inmueble que aportó a la sociedad conyugal.–El marido aportó un solar que se hizo común y que se ha incluido en el activo de la sociedad junto con el edificio construido con arreglo al valor actual de mercado según un informe pericial que no ha sido impugnado, y lo que pretende el marido es que se incluya en el pasivo un crédito por el valor que dice que se le asignó en la escritura de aportación, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación. El recurrente explica que la cifra consignada en la escritura de aportación se acomoda a la estimación del valor de determinados inmuebles a efectos de los impuestos de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y sobre sucesiones y donaciones. Con todo, la Sala no acepta que, a efectos de valorar ahora la aportación del marido en la liquidación de gananciales, deba estarse a una cantidad fijada en la escritura con arreglo a normas administrativas con una finalidad puramente fiscal. El artículo 1358 CC, para los casos en que con caudal privativo se adquieran bienes gananciales, al ordenar que el importe adeudado se revalorice a la fecha del pago, establece un principio de actualización de las deudas de dinero. En este caso, el marido aportó un solar, no un dinero cuyo importe haya de ser revalorizado. Lo debido por la masa común al patrimonio privativo debe ser precisamente el valor actual de lo que se aportó, tal como se recibió por la sociedad, pero al tiempo en que se realiza la liquidación, atendiendo así al valor realmente lucrado por la comunidad. En este caso la Audiencia asume el valor actualizado del solar según el informe pericial efectuado, sin que el marido haya acreditado que el solar vale más, por lo que la sentencia recurrida es correcta. (**STS 433/2024, de 1 de abril;** no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–En su propuesta de liquidación, el exmarido interesó un reembolso a su favor por un importe de 246.710,88 euros, cantidad que resultaba de actualizar con el interés legal los 179.000 euros en que según decía habían valorado el solar en la escritura de aportación suscrita el 26 de abril de 2007. La exesposa, en cambio, entendió que para el reembolso debía estarse al valor de mercado del suelo en la fecha de la liquidación, a cuyo fin solicitó y se realizó prueba pericial consistente en valorar la vivienda en el año 2019 desglosando el valor del suelo de la construcción.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial consideraron que el valor debía fijarse, como hizo el contador partidor designado, asumiendo el informe pericial judicial, que asignó a todo el edificio un valor de mercado de 251.122,39 euros de los que 23.395,67 euros se correspondían con el valor del suelo. En consecuencia, fijaron el importe del crédito reembolsable al marido con cargo a la sociedad de gananciales en esta última cantidad.

El exesposo ha interpuesto contra la sentencia de la Audiencia recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, los cuales son desestimados por el Tribunal Supremo. *(J. M.ª M. F.)*

22. Derecho de reembolso a favor del cónyuge que emplea dinero privativo para satisfacer gastos de la sociedad de gananciales.–El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia y reconoce el derecho de reembolso del cónyuge que emplea dinero prestado por sus padres para satisfacer gastos comunes (art. 1398 CC). Nada cambia, entonces, que el dinero provenga de un préstamo realizado por los padres de uno de los cónyuges. No es necesario, para entenderlo común y para fundar posteriormente el derecho de reembolso, que el otro cónyuge hubiera prestado su consentimiento al préstamo. Tampoco que los padres que celebraron el contrato de préstamo con el cónyuge hubieran reclamado el dinero ni, por último, que exista título ejecutivo alguno. (**STS 270/2024, de 27 de febrero;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–La controversia gira en torno a la inclusión, como pasivo en el inventario de la sociedad de gananciales, de ciertos préstamos que los padres de la demandada le hicieron y que fueron destinados a satisfacer gastos comunes. El Juzgado de Primera Instancia entendió que tales préstamos habían sido efectivamente destinados a la satisfacción de gastos comunes y que, por tanto, había nacido para la demandada un derecho a que esos gastos le fueran reembolsados, como venía estableciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A esa decisión del Juzgado de Primera Instancia se opuso el demandante. Sus pretensiones fueron estimadas por la Audiencia Provincial, para la que aquellos créditos debían quedar excluidos del pasivo: el marido no había prestado consentimiento para la celebración de los préstamos, los padres no habían reclamado tales cantidades y tampoco existía título ejecutivo alguno.

El Tribunal Supremo se distancia de la resolución de la Audiencia Provincial y ordena incluir en el pasivo del inventario un crédito en favor de la esposa por los préstamos recibidos de sus padres, que fueron destinados a satisfacer gastos comunes (aunque en el préstamo no interviniera el otro cónyuge, aunque no fuera reclamado el pago por los padres y aunque no exista título ejecutivo alguno en que fundar la ejecución forzosa de la obligación de pago). *(B. B. M.)*

23. Sociedad de gananciales. Liquidación. Vivienda indivisible.– Son tres las maneras que se pueden dar de indivisibilidad: indivisibilidad física, inservibilidad y desmerecimiento, la indivisibilidad es un concepto valorativo deducible de unos hechos (SSTS de 7 de marzo de 1985 y 38/2005,

de 3 de febrero, entre otras). La indivisibilidad puede resultar de que la cosa, en caso de división, quede inservible para el uso a que se la destina, o bien porque produzca un anormal desmerecimiento, o bien ocasione un gasto considerable (SSTS 835/2009, de 15 diciembre; y 148/2013, de 8 de marzo, entre otras muchas).

La indivisibilidad en el ámbito de la liquidación de gananciales: carácter excepcional de la adjudicación a un cónyuge con compensación.– En este tipo de liquidación se adopta una posición crítica frente a la adjudicación en propiedad a uno de los esposos, con abono en metálico al otro, de la vivienda familiar cuando lo ha sido en contra de su voluntad, por ser factible proceder a su venta y repartir el dinero ente ambos. Este criterio no ha impedido, en base al artículo 1062 CC párr. 1.º, que la jurisprudencia en atención a las circunstancias del caso, haya adjudicado a uno de los cónyuges la vivienda familiar con compensación en dinero u otros bienes al otro (SSTS 630/1993, de 14 de junio, y 104/1998, de 16 de febrero), o que se adjudicase a la esposa el inmueble que constituía su residencia, con compensación al marido por el exceso de valor. Ahora bien, esto último es excepcional.

La efectiva partición de bienes indivisibles en una liquidación de gananciales.–Requiere la formación de lotes que permitan la adjudicación independiente a cada cónyuge, y si ello no fuere posible por ser los bienes indivisibles, y no compensables con otros, su adjudicación se hará a uno de ellos con abono del precio o su mitad, al otro, si así lo convinieren, y en último término su venta y reparto del dinero obtenido (SSTS de 22 de diciembre de 1992, 14 de julio de 1994; y 54/2017, de 27 de enero). (**STS 380/2024, de 14 de marzo de 2024;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.–El 19 de septiembre de 2019, Gustavo demandó ante el Juzgado de 1.ª Instancia 28 de Madrid, la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales constituido con su excónyuge Genoveva.

Firme el inventario, se abrió la fase de liquidación y se aprobó el cuaderno particional, que fue recurrido por Gustavo al considerar la valoración del inmueble familiar desproporcionada, solicitando que, una vez corregido su precio, le fuere adjudicado a él todo el activo con la oportuna compensación económica a Genoveva.

La valoración por él alegada del inmueble no prosperó en ambas instancias, pero sí se entendió que le interesaba la adjudicación de la vivienda, únicamente no compartía su cuantía. El Tribunal Supremo estimo en parte el recurso interpuesto por Gustavo al admitir que procede la venta de la vivienda familiar en pública subasta con admisión de licitadores extraños. Efectuada dicha venta se procederá a redactar por la contadora partidora nuevo cuaderno particional con el valor obtenido de dicha venta. *(I. D.–L. S.)*

24. Liquidación conjunta de la sociedad de gananciales y de la comunidad postganancial.–El Tribunal Supremo mantiene que la liquidación de la comunidad postganancial que surge cuando ha quedado disuelta la sociedad de gananciales puede realizarse en el mismo procedimiento y que, por tanto, no es necesario ningún juicio ulterior. (**STS 564/2024, de 25 de abril;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.–En 1980 se separaron de hecho los cónyuges que protagonizan la controversia. En 1997 se divorciaron y en 2019 el exmarido promovió la liquidación del régimen económico matrimonial. La demandada se opuso al inventario propuesto y solicitó que quedaran incorporadas en el pasivo diversas cantidades que ella había abonado en concepto de cuotas de comunidad, derramas extraordinarias, seguro del hogar, mejoras y adquisiciones en la vivienda, por ejemplo. Así lo estimó el Juzgado de Primera Instancia y, posteriormente, la Audiencia Provincial.

El demandante interpuso recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestima. Reitera, primero, su jurisprudencia sobre la naturaleza de la cuota de que los partícipes en la comunidad postganancial: se trata de una «cuota abstracta, susceptible de embargo, que comprende la totalidad de los bienes que pertenecían a la sociedad conyugal concebida como una unidad jurídica» (FJ 4). El Tribunal Supremo rechaza, por otro lado, que para liquidar la comunidad postganancial sea procedente un juicio ulterior. Las normas sobre partición hereditaria son de aplicación en este contexto, pues a ellas se remiten los artículos 1401 CC y 810.5 LEC. En ese sentido, tal como la liquidación de gastos efectuados en los bienes hereditarios, abierta ya la sucesión, «es posible en sede de operaciones particionales» (cfr. FJ 4), lo mismo puede suceder en la liquidación de la comunidad postganancial. Es decir, no es necesario acudir a un juicio posterior para ello, como pretendía el recurrente. *(B. B. M.)*

25. Límites del interés del menor en la determinación judicial de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.–El Tribunal Supremo sostiene que el interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación y defiende que corresponde al legislador valorarlo en abstracto a la hora de regular el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de esta. Asimismo, recuerda que no puede afirmarse de forma automática que este interés quede mejor tutelado por el hecho de que los deberes que se derivan de la patria potestad recaigan sobre dos personas (SSTS 45/2022, de 27 de enero, 558/2022, de 11 de julio y 745/2023, de 16 de mayo).

Sin embargo, en casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, la Sala ha admitido situaciones en las que el interés del menor quedaba mejor protegido por la determinación de una doble maternidad. Así, la existencia de un proyecto común de maternidad conjunta y la actuación de la demandante como madre pueden suponer que se proteja y preserve la relación del menor con una persona que percibían como tal (SSTS 740/2013, de 5 de diciembre y 836/2013, de 15 de enero de 2014).

Relevancia del proyecto común de maternidad compartida en la determinación de la filiación.–Para poder determinar una doble maternidad, es necesario que la esposa de la madre biológica preste consentimiento para que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge (art. 7.3 LTRHA). Sin embargo, dicho consentimiento, aun siendo un requisito esencial en este ámbito, no resulta suficiente cuando lo que se pretende es la determinación de la filiación por posesión de estado (STS 54/2022, de 7 de enero). El Tribunal Supremo ha declarado que la voluntad de asumir una maternidad conjunta no tiene la trascendencia necesaria para determinar

la filiación cuando no concurren los requisitos propios de la posesión de estado, que deben manifestarse con posterioridad al nacimiento del hijo.

Determinación de la doble maternidad por posesión de estado. Apreciación de una relación materno–filial.–Para que la posesión de estado pueda ser apreciada, se precisa la manifestación, de forma pública y continuada, de una serie de hechos que evidencien la existencia de una relación de filiación. El Tribunal Supremo ha descartado la posesión de estado en supuestos en los que la convivencia con el menor ha sido muy breve o en los que los contactos posteriores a la separación fueron esporádicos y de poca entidad (STS 45/2022, de 27 de enero). En el presente caso, circunstancias como la brevedad de la convivencia, la ausencia de la demandante en las visitas al pediatra, su falta de autorización para recoger al menor de la guardería, así como la designación testamentaria de la abuela como tutora por parte de la madre biológica, han sido valoradas por el Tribunal Supremo para negar la constancia, continuidad y exteriorización de la relación materno-filial. (**STS 351/2024, de 11 de marzo;** no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–Milagrosa y Teodora mantenían una relación sentimental durante la que, fruto de un procedimiento de reproducción asistida con semen de donante anónimo, nació Hilario. Tras la ruptura de la pareja, Teodora interpuso demanda frente a Milagrosa, la madre biológica del niño, por la que reclamaba que quedara determinada su filiación extramatrimonial por posesión de estado. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial reconocieron la filiación con apoyo en la voluntad de maternidad conjunta de la pareja, la posesión de estado de Teodora y el interés del menor en mantener el vínculo con la mujer con la que su madre había convivido hasta la ruptura.

Milagrosa interpuso recurso de casación en el que alegó la infracción del artículo 7.3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que establece que es posible determinar la filiación de una segunda mujer si entre estas existe un vínculo matrimonial. Asimismo, sostuvo que no podía utilizarse la posesión de estado como base para determinar la filiación cuando la ley exige expresamente que la mujer no gestante haya prestado su consentimiento formal, una vez cumplidos los requisitos legalmente establecidos. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación.

NOTA.–Entre las alegaciones de la demandante destaca que la nueva «Ley trans» (Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTB) elimina el requisito del vínculo conyugal para la determinación de la doble maternidad. Sin embargo, esta nueva regulación no solo no se encontraba en vigor cuando nació Hilario, sino que no implica la posibilidad de determinar la filiación por la mera expresión de voluntad de la mujer no gestante. La actual redacción del artículo 44.4. III.b) LRC exige para la inscripción de tal filiación que no exista controversia y que se cumplan las demás condiciones previstas en la legislación civil para su validez. Así, de conformidad con el artículo 124 CC, será necesario contar con el consentimiento expreso del representante legal del menor, en este caso, la madre gestante. En definitiva, no es cierto que conforme a

esta nueva ley la maternidad de la demandante habría quedado establecida a pesar de no estar casadas, puesto que, como se desprende de los hechos, esta no contaba con el consentimiento de la madre biológica. *(M. S. G.)*

26. Interpretación del principio de reinserción en la propia familia. Relación con el interés superior del menor.–Este principio, junto con el interés del menor (actual art. 172.2 ter CC) deben ser considerados como directrices, en la medida en que no imponen obligaciones genéricas por su contenido, sino por el objetivo que persiguen. Su cumplimiento exige atender a la satisfacción del interés superior del menor, mediante la adopción de las medidas que fomenten en mayor medida su desarrollo y que faciliten su reinserción en la propia familia. Ni el derecho de los padres a mantener a sus hijos bajo su guarda ni el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen tienen carácter absoluto. Estos derechos deben ceder cuando resulten incompatibles con las medidas consideradas más favorables para el interés del menor.

La valoración judicial de la evolución familiar y los vínculos afectivos en la restitución de la guarda.–El juez, a la hora de decidir sobre la restitución de la guarda, debe valorar el cambio de circunstancias producidas con posterioridad al momento en el que se declaró el desamparo con el fin de determinar si los progenitores se encuentran en condiciones adecuadas para asumir de nuevo la patria potestad. En particular, el artículo 19.3 bis LOPJM exige constatar una evolución positiva en la situación familiar como requisito indispensable para acordar el retorno del menor a su familia de origen. No obstante, en los supuestos de acogimiento familiar, también deberán valorarse el tiempo transcurrido y el grado de integración y desarrollo de vínculos afectivos que el menor haya establecido con la familia de acogida y su entorno (SSTS 565/2009, de 31 de julio y 170/2016, de 17 de marzo). (**STS 718/2024, de 23 de mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.–La Dirección Territorial de la Vicepresidencia y Consellería de Igualdad y Políticas de Inclusividad de la Generalitat Valenciana resolvió declarar a Macarena, hija de Camino, en situación legal de desamparo, asumió su tutela y acordó su acogimiento familiar de urgencia.

El padre de la menor interpuso demanda por la que se oponía a esta resolución y solicitaba que se le concediera la custodia de Macarena. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó el recurso interpuesto por los progenitores. Los recurrentes alegaban que, en la fecha en la que se declaró el desamparo, Camino se encontraba incapacitada judicialmente, pero que esa capacidad ya le había sido reintegrada. Sin embargo, la Audiencia consideró que esta circunstancia no revestía, por sí sola, entidad suficiente para justificar la restitución de la guarda. Camino interpuso recurso de casación por infracción de los artículos 172.1 CC y 18.2 LOPJM, que ha sido desestimado por el Tribunal Supremo. *(M. S. G.)*

27. Aplicación del sistema de responsabilidad civil extracontractual al ámbito del Derecho de familia.–El interés en criar a los propios hijos y en no verse privado de dicha relación resulta jurídicamente reconocible con independencia de la existencia o no de un vínculo matrimonial. Sin embargo, ello no debe conducir a una aplicación automática de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual en casos de ocultación de la verdadera filiación. El sistema de responsabilidad civil extracontractual español tiene un carácter abierto, lo que permite que cualquier daño pueda ser indemnizado siempre que sea jurídicamente relevante y digno de protección. No obstante, para determinar la existencia y la magnitud del daño cuyo resarcimiento se pretende, es necesario tomar en consideración la concurrencia de otros intereses protegibles que puedan concurrir en el caso concreto, especialmente en el ámbito del derecho de familia, donde rigen normas y principios propios (STS 629/2018 de 13 de noviembre).

Deber de información de la madre sobre posibles dudas relativas a la paternidad.–El Tribunal Supremo sostiene que el interés general en la estabilidad de las relaciones familiares, así como los derechos a la intimidad, autonomía y dignidad de la mujer, entre otros, pueden excluir la afirmación de un deber incondicional de información sobre eventuales dudas relativas a la paternidad de los hijos de una pareja (especialmente cuando tales dudas únicamente se manifiestan tras una crisis en la convivencia familiar).

Esto no excluye, sin embargo, la posibilidad de advertir comportamientos abusivos que puedan generar daños dignos de ser resarcidos. Sin embargo, a la hora de aplicar las reglas de la responsabilidad se deberán tomar en consideración las categorías propias del derecho de daños. En concreto, la apreciación de la responsabilidad civil de la madre exige considerar también la posible concurrencia de culpa de la víctima, en este caso vinculada al grado de conocimiento que pudo tener el demandante sobre su falta de paternidad. (**STS 35/2024, de 15 de enero;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

> HECHOS.–Diego mantuvo una relación sentimental con María Consuelo durante la que se produjo un único contacto sexual, en el que, de acuerdo con la versión de Diego, hubo eyaculación, pero no penetración. Cuatro meses después contrajeron matrimonio y en agosto de 2010 nació Carla, que fue inscrita como hija matrimonial de Diego. En junio de 2011, Fabio, expareja de María Consuelo, se sometió a una prueba de paternidad que confirmó su filiación biológica respecto de Carla. En enero de 2013, Diego recibió el informe en el que se indicaba que quedaba excluida su paternidad.
>
> Un mes después, Diego y María Consuelo se separaron de mutuo acuerdo, establecieron un régimen de visitas a favor de Diego y fijaron una pensión alimenticia para su hija Carla. En junio de 2013, como consecuencia de la demanda interpuesta por Fabio contra Diego y María Consuelo, el Juzgado de Primera Instancia declaró que Carla era hija no matrimonial de Fabio y anuló la filiación contradictoria.
>
> Pasado un año, María Consuelo interpuso demanda de divorcio, proceso que concluyó con sentencia que declaró la nulidad del matrimonio y reconoció a Diego una indemnización de 18.000 euros por daño moral.

Diego interpuso entonces demanda por responsabilidad civil extracontractual contra María Consuelo y Fabio y alegó que la ocultación de la verdadera paternidad de Carla le había causado distintos perjuicios: daño físico-psíquico, pérdida de relación con la menor, afectación a su honor y dignidad, así como perjuicios económicos derivados de un proceso de filiación anterior, de la prueba de paternidad y de los gastos en el cuidado de la menor.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Consideró que no existía dolo por parte de María Consuelo, que no se había vulnerado el honor del demandante y que no procedía indemnizar los gastos reclamados ni el coste de atención de la menor. El demandante recurrió la sentencia, que fue parcialmente estimada en segunda instancia. La Audiencia Provincial entendió que, aunque no se acreditó que la demandada supiera desde el inicio que Diego no era el padre biológico de su hija, si debió tener dudas razonables sobre la paternidad. Consideró que su conducta fue culposa, al no comunicar a Diego, ni antes ni después de conocer el resultado de la prueba de paternidad, la verdadera filiación de la menor. En consecuencia, condenó a la demandada a abonar 12.191,42 euros por daño físico-psíquico y 50.000 euros por daño moral.

Contra esta resolución, María Consuelo interpuso recurso de casación. Alegó que el artículo 1902 CC no resulta aplicable a las relaciones familiares y que en el caso no se cumplen los requisitos que permiten apreciar la responsabilidad civil extracontractual. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación.

NOTA.–El Tribunal Supremo se ha mostrado tradicionalmente muy reticente a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones familiares amparándose en el mantenimiento de la paz doméstica y en la naturaleza ética de los deberes conyugales. Sin embargo, parece que este principio de inmunidad empezó ha empezado a mostrar ciertas fisuras (STS de 30 de junio de 2009).

En los supuestos de ocultación de la verdadera paternidad, la jurisprudencia se ha mostrado reacia a conceder indemnización por daños morales (SSTS de 22 y 30 de julio de 1999). El argumento principal en estos casos es que el daño moral derivado de la infidelidad conyugal no es indemnizable, pues se fundamenta en la infracción de deberes de naturaleza estrictamente matrimonial, cuyas consecuencias deben determinarse aplicando los preceptos reguladores del Derecho de Familia. Sin embargo, la reforma del Código civil del año 2005 eliminó la principal causa jurídica que traía aparejada la vulneración de los deberes conyugales (la de ser causa de separación o divorcio), por lo que parece que estos quedan reducidos a meros deberes de carácter ético o moral.

No obstante, se ha cuestionado por parte de la doctrina que el perjuicio en estos casos se limite a la infidelidad de la esposa, defendiendo que el verdadero daño se fundamenta en el hecho de haber vivido durante años bajo la creencia errónea de ser padre biológico y en la pérdida de la relación paterno-filial que el descubrimiento de la realidad biológica supone. Así, se ha argumentado que lo que se sanciona no es la infidelidad, sino la ocultación dolosa de la paternidad y la asunción por el marido de deberes paternos que

no le corresponden. La Sentencia que se acaba de examinar, aunque descarta la aplicación del sistema de responsabilidad civil extracontractual, parece que identifica el daño, precisamente con la pérdida de la relación paterno-filial, y no con la infracción del deber de fidelidad (que, además, en este caso no resultaba de aplicación porque la relación con el padre biológico de la menor se produjo durante el noviazgo). [Véase Rodríguez Guitián, A. M., «La responsabilidad civil en las relaciones familiares» en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M., *Tratado de Derecho de la Familia (Volumen VI), Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia,* Editorial Aranzadi, 2017, pp. 842-867]. *(M. S. G.)*

DERECHO DE SUCESIONES

28. Acción de división de cosa común por heredero sin previa liquidación de sociedad de gananciales del causante: procedencia cuando solo queda por liquidar un solo bien cuyo carácter ganancial no se discute.–En la comunidad postganancial los partícipes continúan teniendo una cotitularidad sobre el conjunto de bienes, y no una cuota sobre cada uno de ellos. No obstante, cuando solo queda por liquidar un bien, basta la acción de división de cosa común (arts. 400 a 404 CC), pues el mismo ha pasado de la sociedad de gananciales a una cotitularidad singularizada postganancial que hace superflua toda operación de inventario, liquidación y atribución porque estas operaciones están hechas por el mismo bien (STS 392/2000, de 12 de abril). A estos fines es relevante el artículo 806 LEC que precisa el ámbito del proceso de liquidación de gananciales a la existencia de «una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones». Por tanto, la liquidación no resulta necesaria cuando solo existe un bien cuya naturaleza ganancial no se discute ni concurren reembolsos en favor de alguna de las partes. Igualmente apoya lo anterior la jurisprudencia que admite la posibilidad de que los coherederos ejerciten la acción de división de un bien hereditario sin necesidad de realizar la partición cuando sea el único bien que integre el caudal repartible (véase SSTS 752/1986, de 13 de diciembre, y 596/2008, de 25 de junio).

Aceptación tácita de la herencia.–La reclamación de los derechos sobre un bien hereditario frente a un coheredero es una clara manifestación de voluntad de haber aceptado la herencia del causante y, en consecuencia, su participación en la extinguida sociedad conyugal. (**STS 431/2024, de 1 abril;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–La única heredera de una persona casada en régimen de gananciales ejercitó frente al cónyuge viudo una acción de división de cosa común sobre el único bien ganancial, sin haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales. El cónyuge viudo alegó falta de legitimación activa de la demandante al no constar la aceptación de la herencia y la existencia de un usufructo en su favor. En primera instancia se estimó la demanda, pronunciamiento que sería revocado por la Audiencia que acogió el recurso del demandado argumentando que la titularidad en la comunidad postganancial recae en la totalidad de los bienes y no puede concretarse en bien

ganancial alguno, por lo que excluye la acción de división de cosa común. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación.

NOTA.–Como argumenta la sentencia extractada, su doctrina no se opone a la que resulta de la STS, de Pleno, 703/2015, de 21 de diciembre, en la que se resolvió que el procedimiento adecuado para resolver reclamaciones entre los cónyuges por razón de su régimen económico es el previsto en los artículos 806 a 811 LEC. Efectivamente, nada tienen que ver los supuestos de ambas resoluciones, porque en este caso un cónyuge articuló una pretensión de condena en favor de la sociedad de gananciales, ya disuelta pero aún no liquidada, por su contribución a la revalorización de una finca privativa del otro, a través de un proceso declarativo ordinario, y no del proceso de liquidación de gananciales, en el que se podrían haber discutido las diferencias entre los cónyuges evitando sucesivos litigios perjudiciales para quien se encuentre en una posición más débil. *(F. S. N.)*

DERECHO PROCESAL

29. Consecuencias de la inadmisión de un motivo de casación.– Cuando un motivo de casación incurre en causa de inadmisión, ello da lugar a su desestimación, pues no obsta que el recurso en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia.

Consecuencias de un planteamiento novedoso introducido por vez primera en casación.–Las alegaciones referidas a planteamientos novedosos que se introducen por primera vez en casación no pueden ser tenidas en consideración, pues ello implicaría pretender que el Tribunal Supremo actúe como si fuera un tribunal de instancia que deba valorar la prueba aportada en primera instancia y que no se utilizó por la parte para apoyar sus pretensiones. La casación no es una tercera instancia que posibilite una nueva revisión del material fáctico del proceso, dada la doble función que le incumbe nomofiláctica o protectora de las normas jurídicas de derecho material o sustantivo y de fijación de doctrina, mediante el establecimiento de criterios uniformes de interpretación y aplicación de la ley que sirva de orientación y guía para resolver asuntos que guarden identidad de razón. (**STS 345/2024, de 30 de enero;** no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–Sabina y Casimiro interponen demanda de juicio ordinario contra Sales S. L. y Resort S. L., en la que solicitan la nulidad o subsidiaria resolución de un contrato celebrado entre ambos. Ese contrato se sometía expresamente a la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (Ley 4/2012). La nulidad se basa en la indeterminación del objeto y en su duración indefinida. La parte demandada interpone demanda reconvencional. La demanda es parcialmente estimada,

quedando declarada la nulidad del contrato; por su parte, la demanda reconvencional es estimada en parte, de modo que Sabina y Casimiro deben devolver el certificado de socio y abonar la cantidad correspondiente a los periodos en los que han tenido el derecho adquirido a su disposición.

La sentencia es recurrida en apelación por Sales S. L. y Resort S. L. e impugnada por Sabina y Casimiro. El recurso es parcialmente estimado, mientras que la impugnación es íntegramente estimada.

Sales S. L. y Resort S. L. interponen recurso de casación. El recurso es desestimado. *(T. R. C.)*

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. **Envío de originales:**

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. **Formato**:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Roman en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal, y las notas al pie de página, bibliografía final, listado de jurisprudencia y los anexos de normas y jurisprudencia en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y páginas numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su correspondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía que no se numera.

Si en el cuerpo del texto del trabajo se citan los apellidos de un autor o una autora, se hará en redondo y caja baja.

Las *referencias bibliográficas* se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la *bibliografía final del trabajo:*

— Libro: De Castro y Bravo, Federico: *El negocio jurídico,* Madrid, 1967.

— Capítulo de libro: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo,* Madrid, 1997, pp. 9-19.

— Artículo de revista: De Castro y Bravo, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil,* 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las *referencias bibliográficas en nota a pie de página,* solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es libro o capítulo de libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.).

En cuanto a *abreviaturas:* la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad («artículo»); cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procederá realizarla de la siguiente manera: «CC»; cuando proceda abreviar la mención a la Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE»; y cuando proceda abreviar la mención a la Ley de enjuiciamiento civil procederá realizarla de la siguiente manera: «LEC».

En lo referente a las abreviaturas de las revistas más habituales deben citarse de la siguiente forma:

AC	*Actualidad Civil*
ADCon	*Anuario de Derecho Concursal*
AFDUAM	*Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*
AAMN	*Anales de la Academia Matritense del Notariado*
CCJC	*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*
CDC	*Cuadernos de Derecho y Comercio*
InDret	*www.indret.com*
PDD	*Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*
RCDI	*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*
RDA	*Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*
RDBB	*Revista de Derecho Bancario y Bursátil*
RDNT	*Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*
RdPat	*Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*
RDC	*Revista de Derecho Civil*
RDCP	*Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*
RDCD	*Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*
RDCE	*Revista de Derecho Comunitario Europeo*
RDM	*Revista de Derecho Mercantil*
RDP	*Revista de Derecho Privado*
RDS	*Revista de Derecho de Sociedades*
RDU	*Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*
REDE	*Revista Española de Derecho Europeo*
RGLJ	*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*
RJC	*Revista Jurídica de Catalunya*
RJNot	*Revista Jurídica del Notariado*
RJUAM	*Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*

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.

6. **Compromiso ético**

Las pautas de ética editorial del *Anuario de Derecho Civil* se basan en la Guía COPE de Buenas Prácticas para Editores de Publicaciones, que establece normas y proporciona directrices a fin de mantener un comportamiento ético en todas las fases del proceso de publicación.

El *Anuario de Derecho Civil* utiliza herramientas informáticas de detección del plagio.

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

Secretaria
NIEVES FENOY PICÓN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción
Coordinador
MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
Profesor titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Barcelona

M.ª PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil.
Universidad Santiago de Compostela

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
Profesora titular de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Pablo Olavide

PEDRO DEL OLMO GARCÍA
Profesor titular de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Málaga

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

ANTONI VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Lleida

Consejo Asesor

XABIER BASOZABAL ARRUE
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Académico senior de Derecho Civil.
Universidad Carlos III de Madrid

ANA CAÑIZARES LASO
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Málaga

ESTHER GÓMEZ CALLE
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GÓMEZ POMAR
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad Pompeu Fabra

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Murcia

JOSÉ M.ª MIQUEL GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad Autónoma de Madrid

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

M.ª ÁNGELES PARRA LUCÁN
Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad

M.ª JOSÉ SANTOS MORÓN
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO SOLÍS VILLA
Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Valladolid

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