

# CEFLegal

## Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 233 | Junio 2020

ISSN: 1699-129X

### Evolución del derecho a la protección de datos

Jesús María Simón Marco

### Derecho de familia y jurisdicción voluntaria

Eduardo Sánchez Álvarez

### Servicios de dirimencias en conflictos interbancarios

Marta Horcajo León

### Habitabilidad de los inmuebles arrendados por el coronavirus

Vicente Magro Servet



Tu currículum no dice que  
**TE SACASTE  
EL GRADO  
MIENTRAS  
CUIDABAS  
A TU HIJO.**

En la UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

**ERES MÁS DE LO QUE SE VE**  
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

## GRADOS OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

## MÁSTERES OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

## TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en [www.udima.es](http://www.udima.es))



# Revista CEFLegal

Núm. 233 | Junio 2020

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

## Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

## Consejo asesor

Carmen Alonso Ledesma. Catedrática de Derecho Mercantil. UCM

Manuel Arenilla Sáez. Director del INAP y catedrático de Ciencia Política y de la Administración

Francisco Javier Arias Varona. Profesor titular de Derecho Mercantil. URJC

Xabier Arzo Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y socio director de Estudio Jurídico Bercovitz-Carvajal

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Borja Carvajal Borrero. Director de KPMG

Matilde Cuenca Casas. Catedrática acreditada de Derecho Civil. UCM

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Francisco Gil Durán. Socio de Gómez Acebo y Pombo

Nicolás González-Deleito. Socio de Cuatrecasas Abogados

Carlos Lema Devesa. Socio director de Estudio Jurídico Lema y catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Juan José Marín López. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

Manuel Martínez Sospedra. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad CEU Cardenal Herrera

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo y letrado del Tribunal Constitucional

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Francisco Monterde Ferrer. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

María José Morillas Jarillo. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Fernando Sainz Moreno. Catedrático emérito de Derecho Administrativo. UCM

Remedio Sánchez Ferriz. Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia

Joaquín Sarrión Esteve. Investigador Ramón y Cajal y profesor de Derecho Constitucional. UNED

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

Antonio Serrano Acitores. CEO de Spartanhack, abogado y doctor en Derecho

Mariano Yzquierdo Tolsada. Catedrático de Derecho Civil. UCM

## Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



# Revista CEFLegal

## Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: [info@cef.es](mailto:info@cef.es)

Suscripción anual (2020) (11 números) 160 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página [www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm](http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm) encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

## Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es)

Edición digital: [www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm](http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm)

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 1699-129X

ISSN-e: 2531-2146

## Imprime

Artes Gráficas Coyve, SA

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

## Indexada en



© 2020 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

*La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).*



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

# Revista CEFLegal

ISSN: 1699-129X  
ISSN-e: 2531-2146

## Sumario

### Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

#### Civil-mercantil

Bienes jurídicos que protege el actual derecho de familia: los nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria en la materia 5-38

*Family law reflected in the legal assets it protects: new voluntary jurisdiction law*

Eduardo Sánchez Álvarez

Los servicios de dirimencias como instrumento de resolución de conflictos interbancarios 39-70

*The inter-bank dispute services as an instrument for resolution of conflicts*

Marta Horcajo León

La habitabilidad de los inmuebles arrendados. Límites del artículo 21 de la LAU. ¿Puede afectar la pandemia del coronavirus a la inhabilitación? 71-88

*The livability of the leased properties. Limits of article 21 of the LAU. Can the coronavirus pandemic affect inhabitation?*

Vicente Magro Servet

#### Constitucional-administrativo

Evolución del derecho a la protección de datos y disrupción tecnológica: ¿estamos vallando el campo? 89-120

*Technological disruption and evolution of the rights of data subjects: are we hedging the countryside?*

Jesús María Simón Marco

## Casos prácticos

### Civil

Nulidad de cláusula suelo y crédito litigioso Adelaida Medrano Aranguren	121-129
Derecho al honor y reportaje neutral José Ignacio Atienza López	130-136
Fallecimiento de una persona anciana en una residencia de mayores: determinación de la responsabilidad de la residencia Casto Páramo de Santiago	137-142
Requisitos de privación de la patria potestad José Ignacio Esquivias Jaramillo	143-150

### Administrativo

Contrato administrativo de servicios. Duración del procedimiento de adjudicación y recurso especial en materia de contratación Julio Galán Cáceres	151-166
---	---------

Normas de publicación	167-168
-----------------------	---------

*Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.*

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>



# Bienes jurídicos que protege el actual derecho de familia: los nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria en la materia

**Eduardo Sánchez Álvarez**

*Doctor en Derecho. Profesor asociado de Derecho Civil.  
Universidad de Oviedo*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

## Extracto

Es sabido que el derecho civil comprende académicamente distintas materias dentro de su campo de estudio. En los últimos tiempos, lo referente a los avatares y conflictos que surgen en el ámbito contractual es lo que quizá goza de mayor repercusión en la sociedad (cláusulas abusivas, contratación masiva, derecho bancario, problemática aparejada a los préstamos con garantía real hipotecaria...), reforzado de hecho con la interacción con fuentes jurídicas rectoras nacidas del derecho de la Unión Europea. Sin embargo, hay otra rama del derecho civil que está atravesando unos cambios vertiginosos, que se estiman perfectamente aptos para dotarla de una reconfiguración estructural: el derecho de familia. Hasta tal punto esto es así, que este sector del derecho civil puede estar regulando elementos que poco tienen que ver con la idea de familia que había venido imperando sociológicamente hasta no hace demasiado tiempo. En este trabajo se busca contrastar esta situación no desde un mero plano teórico o dogmático, sino escrutando regulaciones recientes de derecho positivo; y particularmente el elemento más crucial para poder concluir la producción de esa mutación: descubrir los bienes jurídicos que tienden a proteger las normas integrantes del área jurídico-civil que constituye el actual derecho de familia. Para ello, nos servimos en las líneas en que desarrollamos este estudio de las previsiones que se contienen en la Ley 15/2015, de 2 de julio, reguladora de la Jurisdicción Voluntaria, dado que a lo largo de su articulado se contemplan una serie no desdeñable de expedientes que tienen por objeto aspectos insertos en el ámbito del derecho de familia.

**Palabras clave:** derecho; familia; jurisdicción; voluntaria.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

**Cómo citar:** Sánchez Álvarez, E. (2020). Bienes jurídicos que protege el actual derecho de familia: los nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria en la materia. *Revista CEFLegal*, 233, 5-38.



# Family law reflected in the legal assets it protects: new voluntary jurisdiction law

Eduardo Sánchez Álvarez

## Abstract

Civil Law includes academically different subjects within its field of study. In recent times, it is perhaps in relation to contractual disputes and conflicts that the greatest impact on society (unfair terms, mass contracting, banking Law, problems associated with mortgage-backed loans), reinforced in fact by the interaction with leading legal sources arising from European Union Law. However, another branch of civil law is undergoing dizzying changes, which are considered perfectly suitable to give it a structural reconfiguration: family law. This sector of civil law may be regulating elements that have little to do with the idea of the family that had prevailed sociologically until not too long ago. This work seeks to contrast this situation not from a theoretical or dogmatic plane, but by scrutinizing recent regulations of positive law; and particularly the most crucial element to be able to conclude the production of this mutation: to discover the legal assets that tend to protect the rules of the civil-legal area that constitutes the current family law. To do this, we serve in these pages of the Law 15/2015, of 2 July, regulating the Voluntary Jurisdiction.

**Keywords:** law; family; jurisdiction; voluntary.

**Citation:** Sánchez Álvarez, E. (2020). Bienes jurídicos que protege el actual derecho de familia: los nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria en la materia. *Revista CEFLegal*, 233, 5-38.





## Sumario

1. Introducción
  2. Concreciones previas: una privatización que deja entrever la disolución de la visión tradicional del derecho de familia
  3. Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia
    - 3.1. La jurisdicción voluntaria como categoría jurídica
    - 3.2. La Ley 15/2015, de 2 de julio. Sucinta mención ubicativa a sus rasgos principales
      - 3.2.1. Principios fundamentales
      - 3.2.2. Una parcial desjudicialización
      - 3.2.3. La introducción de un procedimiento común
    - 3.3. Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia
      - 3.3.1. Dispensa de impedimento matrimonial
      - 3.3.2. Intervención judicial en relación con la patria potestad
        - 3.3.2.1. Intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad
        - 3.3.2.2. Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente
      - 3.3.3. Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales
  4. Valoración de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia. Propulsión de su regulación hacia los principios generales del derecho de familia. En especial, bienes jurídicos que protegen en la actualidad el derecho de familia
  5. Colofón
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

En las últimas décadas, resulta innegable que el derecho de familia, en cuanto disciplina jurídica inserta históricamente en el tronco general del derecho civil, ha experimentado unas formidables transformaciones que se han reflejado, por ejemplo, en verdaderas y hondas reformulaciones de los mismos conceptos jurídicos del matrimonio o la filiación<sup>1</sup>. Ya no parece que podamos defender en nuestros tiempos un esquema o modelo de familia que se normativice y, acto seguido, sea cogentemente protegido por el derecho. Esa conceptualización de familia unívoca ha quedado atrás, se ha difuminado y pluralizado, y seguramente este camino emprendido no tenga ya retorno<sup>2</sup>.

Correlativamente, en ausencia de este paradigma cerrado y monolítico, el derecho se ocupa actualmente de establecer unas normas que se aplican a lo que materialmente se considera como familia en el sistema jurídico, mas desconexas de ese *prius* que tradicionalmente habíamos venido observando<sup>3</sup>. Puede haber autores que apelen melancólicamente a esa etapa precedente y su firmeza normativa, pero particularmente estimamos que ello no deja de ser un ejercicio poco práctico e inútil, habida cuenta de que debemos adaptarnos al marco social al que se proyectan las normas, el cual inefablemente ha desbordado y desbaratado esencias historicistas que posiblemente no han de volver<sup>4</sup>. No en vano, como perfectamente deja sentado el artículo 3.1 de nuestro Código Civil (CC), las normas deban ser interpretadas en relación con «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas».

<sup>1</sup> «No cabe duda que este tipo de reformas del Derecho de Familia, que inciden en efectos tan centrales, han repercutido fuertemente en la conformación jurídica de lo que tradicionalmente se entendía por familia en cuanto institución que, por estar fundada sobre el matrimonio y constituir la base de la sociedad política, merecía una protección y un reconocimiento particulares del Estado y del Ordenamiento jurídico. Un debilitamiento de las coordenadas jurídicas en las que funciona el grupo familiar es patente» (Corral Talciani, 1994, pp. 103-104).

<sup>2</sup> «La vida familiar en España, como en el resto de países de la UE y más en general de todos los países industriales avanzados, se encuentra inmersa en un profundo proceso de cambio que ha sido concebido de distintas formas según sea la tradición sociológica desde la que se argumente [...] como parte de un proceso más general de individualización creciente» (Meil, 2004, p. 421).

<sup>3</sup> Con carácter general, Martínez de Aguirre y Aldaz (1996), Díaz-Ambrona Bardají y Hernández Gil, (1999). También, Díez-Picazo Giménez (2012).

<sup>4</sup> «Si la familia no tiene una identidad y se presenta como una especie de plasma que puede adoptar las más diversas formas, entonces todo puede ser familia. El problema es que si cualquier relación humana puede ser calificada de familia, entonces ninguna lo es específicamente. Si todo es familia, nada es familia» (Corral Talciani, 2016, p. 33).

En nuestra sociedad, las personas crean sus relaciones familiares cada vez desde una mayor libertad, prevaleciendo su voluntad y opciones subjetivas respecto a las transpersonales o grupales, hasta tal punto de que quizás se omite o cuando menos se relega la faz social de la persona humana y se la supedita a la satisfacción individual, sin asunción de responsabilidades colectivas en la arquetípica visión que por muchos siglos se ha venido manteniendo. La familia sigue existiendo con fortaleza –baste recordar cómo su abrigo se ha demostrado una de las principales respuestas de cooperación y asistencia económica y material durante la pavorosa crisis económica iniciada en 2008, y no cabe esperar menos ante el aterrador escenario económico que imperará tras el desastre de la pandemia de la COVID-19, que nos ha sobrecogido, devastado y sorprendido desde marzo de 2020, que parece que dejará a aquella depresión de 2008 en algo infinitamente más pequeño–, también como institución protegida y regulada jurídicamente, pero otra cosa es qué resulta susceptible de ser considerado como familia, ya que parece albergar en sí modelos muy plurales presididos por una creciente *autorregulación*. De ahí que aspectos firmemente anejos al derecho de familia se diluyan o se sustituyan por otros. En realidad, hasta podemos estar presenciando una inversión: como certeramente apunta García Amado (2016, p. 17), «no es que el derecho de familia se aplique a las relaciones familiares, sino que relaciones familiares son aquellas a las que el derecho de familia se aplica».

Acudiendo a nuestra Constitución (CE), en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico español adornada de aplicabilidad directa (cfr. art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ) y, obviamente, cúpula del derecho civil<sup>5</sup> (que encontrará sus principios fundamentales e instituciones básicas en esa supersede normativa)<sup>6</sup>, comprobamos que dispone en su artículo 39.1 que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»<sup>7</sup>. Nuestra Carta Magna engarza perfectamente con la idea que inicialmente se ha dejado trazada, consagrándola<sup>8</sup>. Extraigamos del precepto relatado un par de aspectos.

<sup>5</sup> «La Constitución, desde el momento mismo de su entrada en vigor, influyó decisivamente en la dogmática del Derecho privado, en la práctica forense y en la propia jurisprudencia. Esta no es fuente del Derecho, pero complementará el Ordenamiento jurídico, como dice el art. 1.6 del Código Civil, esencialmente en la labor de aplicar e interpretar las fuentes con unidad de criterio. La Sala [...] de lo Civil del Tribunal Supremo ha hecho una constante aplicación de la Constitución, o bien partiendo de ella aunque sin hacer especial mención de la misma, o bien aplicando específicamente normas concretas» (O'Callaghan Muñoz, 2003, pp. 14-15). En fin, resulta una obviedad que nuestro ordenamiento jurídico «se reduce a la unidad en la Constitución» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 4.º).

<sup>6</sup> *Vid.* Prieto de los Mozos (1998).

<sup>7</sup> «Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como las Constituciones de Postguerra incluyen artículos protectores del matrimonio y la familia [...]. La protección de la familia debe entenderse a la luz de la experiencia de movimientos totalitarios. En sus posturas más extremas la subordinación al Estado, al Partido o al Pueblo suponía un severo ataque a la realidad familiar» (Serrano Ruiz-Calderón, 2006, p. 371).

<sup>8</sup> «La familia, en cuanto primer grupo social, también recibe tratamiento constitucional y goza de una protección que, si inicialmente es abstracta (¿modelo de familia?), luego se concreta en los órdenes social, económico y jurídico. Sus particulares instituciones tienen suficiente presencia: el matrimonio, de forma

De un lado, es evidente que la familia erige un concepto jurídico, constitucionalizado además<sup>9</sup>. En una imprevisible interpretación sistemática<sup>10</sup> del texto constitucional (arts. 9.2, 10.1, 14, 32...), es inevitable observar que el impacto de la irrupción de la CE conlleva la necesidad de una adaptación del derecho de familia armónica a sus prevenciones, por pura jerarquía<sup>11</sup>.

De otro, se comprueba que la CE no alberga un paradigma cerrado de familia<sup>12</sup> ni de su regulación jurídica<sup>13</sup>. Protege a ese concepto pero no le dota de un esquema o guion concreto, lo que nos permite colegir que remite al legislador ordinario, desde su volición, y siempre y cuando no se pugne con otros principios e intereses constitucionalmente abrigados –infra–, cuál y cómo haya de ser en particular esa familia a la que se deba cuidar. Parece indiscutible, pues, que no quepa cuestionar que dentro del concepto hallen acomodo dispares posibilidades.

---

abierta pero siempre con la atribución del *ius conubii* [...] a favor del hombre y la mujer (¿heterosexualidad constitucional?), la plena igualdad entre los cónyuges y la reserva legal en orden a los requisitos para su constitución, vida y extinción; la filiación, protegiendo el derecho al conocimiento del origen (investigación de la paternidad) y la igualdad de todos los hijos ante la ley con independencia de su filiación. La potestad paterna (patria potestad) viene cifrada en la afirmación de los deberes de los padres y la asistencia de todo orden que los hijos tienen derecho a recibir, además de la genérica protección a favor de los niños conforme a los acuerdos internacionales que velan por sus derechos» (Arce y Flórez-Valdés, 2005, p. 76).

<sup>9</sup> De hecho, «la existencia de una serie de normas como la igualdad de todos los españoles ante la ley y la no discriminación por razón de sexo o por cualquier otra circunstancia, el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección de los niños, la protección integral de los hijos con independencia de su filiación, la obligación de los padres de asistir a los hijos dentro o fuera del matrimonio durante la minoría de edad y aun con posterioridad, la protección de las madres con independencia de su condición civil, la protección de los ciudadanos durante la tercera edad con independencia de las obligaciones familiares, ha dado una nueva dimensión a lo que hoy en día pueda considerarse por familia» (Arroyo Moreno, 16 de junio de 2014).

<sup>10</sup> Con reiteración ha subrayado nuestro Tribunal Constitucional «la importancia de la interpretación sistemática, consecuencia del principio de unidad de la Constitución –STC 179/1994, de 16 de junio, (NFJ003394)– pues esta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática –STC 5/1983, de 4 de febrero– STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5.º (NFJ013560).

<sup>11</sup> En detalle, Tenorio Sánchez (2012).

<sup>12</sup> «El concepto de familia que se emplea en el art. 39.1.º CE se refiere a la nacida de la unión matrimonial [...]. Eso no significa que únicamente este tipo de familia quede protegido por el artículo en cuestión, ni que deba hacerse una diferenciación entre la familia matrimonial y la no matrimonial» (Arroyo Moreno, 16 de junio de 2014). En este sentido, cfr. STC 47/1993, de 8 de febrero.

<sup>13</sup> «Nada novedoso descubrimos si decimos que la expresión "familia" es polisémica y puede adquirir diversos significados según el contexto en el cual se utilice en alguna forma de comunicación. El Diccionario de la Real Academia Española menciona hasta diez posibles acepciones [...]. El ordenamiento jurídico puede querer regular una relación con diversos propósitos, de modo que también utilice el concepto de familia de diversos modos» (Corral Talciani, 2016, p. 22).

## 2. Concreciones previas: una privatización que deja entrever la disolución de la visión tradicional del derecho de familia

El primordial aspecto que ante todo parece impulsar ese proceso reformulatorio, en cuanto a sus principios inspiradores atañe, es que se halla presidido por una briosa *privatización*, es decir, una suerte de *huida* de las normas de *ius cogens* de este ámbito material –reflejo de su transcendencia social y correlativo interés público que rebasa a las personas que la conforman–, siendo reemplazadas por la autonomía de la voluntad, el pacto, la disposición sobre los elementos que rigen este sector<sup>14</sup>. De otro modo, se comprueba una pérdida de la consideración de las normas de derecho de familia integradas en el orden público, mutando en una palpable *contractualización*<sup>15</sup>, tan acorde a unos imperativos sociológicos distantes de los que insuflaban los usos sociales hace no tanto tiempo –*infra*–<sup>16</sup>. En una aparente pugna entre la autonomía de la voluntad y la concepción del orden público familiar, el primer contendiente parece ir ganando ventaja. Así, la familia tiene origen en uniones de hecho, con independencia de la orientación sexual de sus miembros; el matrimonio, no perentoriamente heterosexual, es disoluble a voluntad no causal de cualquiera de los cónyuges<sup>17</sup>; la filiación no queda acotada al hecho biológico de la procreación o incluso se pretende extender hasta la denominada subrogación de la maternidad...

<sup>14</sup> «Las transformaciones del Derecho de Familia han producido un retiro de la normativa jurídica de las relaciones de familia, de manera que puede hablarse de un fenómeno de progresiva desregulación o desjuridificación de esta disciplina. En un sentido coincidente se habla de una contractualización o privatización del Derecho de Familia, ya que este dejaría un ámbito cada vez más amplio para que sean los mismos individuos los que autorregulen sus relaciones familiares, de modo que la autonomía privada sea la fuente primaria de los derechos subjetivos que surjan para las partes [...]. Esta desregulación conlleva una privatización del Derecho de Familia, en el sentido de que se pierde el significado público de la familia y de sus roles institucionales o sociales. Todo lo referido a ella pasa a ser integrado en la esfera de la privacidad o intimidad de las personas, donde el Estado no tiene facultades para intervenir mediante reglas de Derecho imperativo» (Corral Talciani, 2016, pp. 29-30).

<sup>15</sup> «Ha cambiado la familia, han cambiado las ideas sobre la familia, han cambiado las leyes sobre la familia (pero no necesariamente por ese orden) [...]. Lo que podríamos denominar la subjetivización del matrimonio y la familia [...] dejan progresivamente de ser contemplados como una realidad natural de carácter objetivo, cuyos contenido, significado y reglamentación vienen dados, en sus aspectos más esenciales o nucleares, al ser humano y a la sociedad por la propia naturaleza humana [...] y quedan también progresivamente sometidos a la voluntad humana, tanto individual como social (estatal) que puede darles la configuración, contenido, significado y reglamentación que estime más conveniente» (Martínez de Aguirre y Aldaz, 2005, pp. 481-842).

<sup>16</sup> De ahí que la realidad contemporánea parezca cuestionar abiertamente la afirmación de que «si bien es cierto que el Derecho sustantivo de familia tiene una parte de Derecho Privado, que es el Derecho patrimonial de familia [...] prevalece el interés público, el interés social, sobre el personal» (Álvarez Torres y Martínez Montenegro, 2013, p. 46).

<sup>17</sup> «La introducción del divorcio [...] hizo desaparecer la nota de indisolubilidad, y la reforma [...] operada en 2005 llega a hacer difícil que se pueda hablar realmente de unión jurídicamente estable y comprometida [...]. Queda [...] del concepto de matrimonio [...] la unión de dos personas dirigida a la mutua ayuda de

Parece evidente que concurren por estos lares una serie de vectores, pendiendo ver cuál es el dominante: vaciamiento de instituciones tradicionales, pero que no se ve relleno o sustituido por nuevos perfiles institucionales rígidos, sólidos, sino por una amalgama de posicionamientos y valores dispares que, sin embargo, se acogen dentro de esas categorías tradicionales, cada vez más formales o meras carcasas huecas y esqueléticas respecto a lo que hasta hace unos años traían consigo<sup>18</sup>.

La apreciación de esta circunstancia puede dejar entrever, a modo de cualificado indicio, una consecuencia de mucho mayor calado. Si el derecho de familia ha contado con fortaleza y consistencia propia anexa a la pujanza de un unificado y normativizado modelo familiar reciamente anclado a una tradición eminentemente iusnaturalista –preexistente, prejurídica, inmutable, reconocida mas no creada por el derecho– y con indudable apoyo religioso, que sin embargo ha quedado superado y transformado por una multiplicidad de esquemas familiares, ¿acaso no es razonable plantearse que el propio concepto de derecho de familia deba seguir ese itinerario y sufrir un desgaste con potencial efecto disolutorio? Valoremos que los vínculos biológicos no son determinantes para la aplicación de estas normas; la inexistencia de alguna clase de constitutiva formalidad jurídica tampoco

---

ambas [...]. Cabría pensar que estamos ante un peculiar fenómeno asociativo o societario [...] que se obligan a vivir juntas, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente, compartir las tareas domésticas y el cuidado de las personas dependientes a su cargo [...], respetarse, ayudarse y obrar en interés de la familia [...]. Hay matrimonio si los cónyuges asumen todo ese contenido [...] y no lo hay si no lo asumen [...]. No aparece la afectividad [...]. Hay que entender que los deberes conyugales son indisponibles por los cónyuges, aunque estos sí pueden, de común acuerdo, concretar o modular su contenido, siempre que esa modulación no afecte al contenido esencial del deber de que se trate [...]. Los deberes conyugales, con la única excepción del deber de socorro en su vertiente patrimonial –reténgase– carecen prácticamente de relevancia jurídica, ya que su incumplimiento no provoca casi ninguna consecuencia jurídica [...]. De ahí que se tienda a calificar dichos deberes, crecientemente, como deberes de naturaleza exclusivamente ética, moral o social, pero no como obligaciones estrictamente jurídicas [...]. Los deberes conyugales son directamente incoercibles [...] y no cabe solicitar su cumplimiento forzoso [...] y cuya misma subsistencia depende exclusivamente de la voluntad del obligado [...] quienes pueden provocar su desaparición en cualquier momento, y por su sola voluntad, mediante el recurso al divorcio. A partir de ahí cabría concluir que el matrimonio civil es la unión entre dos personas con intención –de cumplir los referidos deberes de los arts. 67-69 CC– durante tres meses, y a partir de ahí quieran hacerlo» (Martínez de Aguirre y Aldaz, 2007, pp. 20-39). Démonos cuenta, en realidad, de cómo al matrimonio se le aparejan características propias de las uniones de hecho, y no a la inversa: tal sucede con su consustancial disolubilidad, observable ahora inequívocamente fundida al matrimonio.

<sup>18</sup> «El Estado –la sociedad– carece [...] de un conjunto de ideas y valores definidos respecto al modo como los individuos deben organizar sus relaciones sexuales, matrimoniales o familiares: tal cosa queda relegada a la condición de cuestión privada, que concierne únicamente a los individuos afectados y pertenece a la esfera de su intimidad personal [...]. Pasan a ser considerados asuntos estrictamente privados, respecto a los que el Derecho tiene bien poco que decir. Y no solo privados, sino comprendidos en el derecho (fundamental) a la intimidad personal y familiar, en el que el Derecho no podría entrar» (Martínez de Aguirre y Aldaz, 2005. p. 484). Así pues, el Derecho tiende a consagrar, básicamente, ciertos rasgos de sustrato ético o moral orientados a reforzar o sustentar en realidad derechos subjetivos que la sociedad entiende relevantes, sirviéndose del recipiente de la familia.

implica la exclusión de su aplicabilidad; el no concurso de afectos o convivencias operan de igual forma no excluyente... Si por esa plural falta de definición sobrevenida por el giro que impone la sociología y la subsiguiente naturaleza de las relaciones sociales<sup>19</sup> puede proclamarse que no hay familia prototípica, sin que el derecho construya alternativamente un concepto jurídico de familia, ¿es insensato pensar que ya no existe el derecho de familia tal cual lo veníamos entendiendo por inercia histórico-académica; que el presente derecho de familia sea, «se mire como se mire, derecho sin familia» (García Amado, 2016, p. 19)?

Si la familia como tal ha dejado de ser el criterio rector que oxigena a esta serie de normas, ¿cuáles pueden ser los elementos que las vertebran y sean aptos de mantener una visión sistémica de este conjunto normativo? ¿Qué bienes jurídicos, qué realidades normativas se protegen? A nuestro juicio son dos las direcciones a las que se encaminan las normas que gozan de esta filiación académica. Por un lado, parecen cuidar más bien la protección de intereses de índole patrimonial, obligacional. ¿Se erige así un grupo de normas a modo de especial derecho de obligaciones? Por otro, se intuye también que constituyen objeto de atención normativa las relaciones interindividuales (no la institución familia *per se* de la que se produce tangible desagregación, insistimos) en dos vertientes básicas: las paterno-filiales y la convivencia en pareja (sea o no matrimonial, sea homosexual o heterosexual). Pero también en esta segunda faz prepondera un enfoque destacadamente económico (relaciones patrimoniales entre los convivientes, responsabilidad frente a terceros de esa comunidad que conforman, prestaciones alimenticias, pensiones en el caso del artículo 97 CC...). Así pues, se produce una retirada de la normativa con base en esa relajación pero, simultáneamente, y en una pirueta regulatoria inversa, se hipernormativizan ciertos aspectos, solamente algunos, apegados a lo familiar (por ejemplo, se permite en régimen prácticamente incondicional y puramente volitivo el divorcio, pero se norma con minucioso detalle lo concerniente a los efectos ulteriores a la disolución por divorcio del matrimonio).

El derecho de familia actual, así las cosas, ya no se encarga de la militante defensa de la institución que le da nombre, habida cuenta de que la misma se ha disipado tal cual se vino entendiendo durante siglos, transformándose –en expresión tomada de Corral Talciani– en «multiformismo familiar»<sup>20</sup>. Contagiado por la pulsión social que coloca al individuo, sus ansias, su libre determinación y desarrollo personal como la primera premisa del orden social –cfr. art. 10.1 CE–, el derecho de familia se reubica. Se apresta a la guarda de

Un conjunto de muy heterogéneas posiciones personales individuales que o bien protege, como derecho, o bien vincula con obligaciones para con otros sujetos

<sup>19</sup> Cfr. Roca Trías (1999, p. 60).

<sup>20</sup> Esto es, no se excluye la forma tradicional de familia, pero se la hace coexistir «con otras modalidades diversas de familia que ya no suponen el matrimonio heterosexual con vocación de descendencia. La diversidad habría llegado también al ámbito de la familia y, por ende, al de su regulación jurídica –nótese–» (Corral Talciani, 2016, p. 25).

individuales, nunca para la familia como tal [...]. Sobre todo, la tendencia es que dichos derechos y deberes tengan una dimensión directamente económica o sean fácilmente traducibles a términos económicos [...]. Lo que no tenga esa faz dineraria se considera perteneciente a la vida privada, a la conciencia íntima y al libre desarrollo de la personalidad de cada cual (García Amado, 2016, p. 32)<sup>21</sup>.

Ello aboca al legislador y, consiguientemente, a la jurisprudencia a admitir y reconocer en sus tareas de creación y aplicación jurídico-normativa semejante diversidad.

En síntesis, se destaca la primacía de una serie de derechos individuales asociados al ámbito familiar, pero sin que los mismos puedan acotarse por el influjo de la protección del instituto familiar tomado *per se ipso*, al haber quedado relegado o desdibujado<sup>22</sup> desde el mismo momento en que no contamos con un paradigma cerrado de familia (no definida por ningún rasgo objetivable como la biología o las formalidades negociales), sino que esta erige ahora un *concepto jurídico abiertamente indeterminado* «que sólo puede llenarse después de un análisis de lo que una determinada sociedad percibe y desea reconocer» como tal (Corral Talciani, 2016, pp. 23-24), presidida asimismo por un criterio de *instrumentalidad* (medio para obtener la satisfacción de determinados fines) siempre con pérdida de fuerza o sustantividad propia, autónoma. Se trataría de una institución en la que se colmen intereses y derechos de los individuos a ella incardinados, adquiriendo subsiguientemente contornos difusos en su configuración en función de aquellos, que tan plurales llegan a ser<sup>23</sup>. Como colofón, el individuo queda ineluctablemente antepuesto a otras instituciones, por mucharaigambre de la que hayan venido disfrutando históricamente<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Como apostilla Martínez de Aguirre y Aldaz (2007, p. 55), «la sociedad y el Derecho parecen carecer en muchos casos de una idea clara de cuál es la función de la familia [...] y por tanto de cómo ha de ser regulada. De ahí que se haya hablado de un Derecho que duda sobre sí mismo, y cuyos fundamentos, sobre todo en relación con las reformas más recientes, son inciertos». A nuestro juicio, no se trata tanto de incerteza cuanto de pluralidad, de muchos modelos, híbridos, donde antes solamente había uno; y de una respuesta jurídica, consecuentemente, multiforme y necesariamente abierta para poder dar cabida a todo ello. Frente a una inercia tradicional, ha primado una realidad social distinta y consolidada en los tiempos contemporáneos.

<sup>22</sup> «Prima por completo la voluntad individual [...] sobre cualquier eventual interés familiar supraindividual [...]. No existe propiamente un interés familiar distinto del individual de los componentes del grupo: matrimonio y familia no pasarían de ser un mero instrumento al servicio de la felicidad individual de sus componentes y del libre desarrollo de su personalidad» (Martínez de Aguirre y Aldaz, 1996, p. 38). Efectivamente, «la familia no puede ser contemplada como en el sistema liberal, como una realidad en sí misma, sino como un instrumento al servicio del individuo» teleológicamente encaminada a la cubrición de ciertas necesidades (Roca Trías, 1999, p. 69).

<sup>23</sup> En detalle, *vid.* Roca Trías (2014).

<sup>24</sup> «Esta evolución se integra [...] en un proceso más amplio, marcado por el paso de una visión institucional del matrimonio y la familia, hacia una visión contractual o voluntarística y, ya en su última fase, puramente individualista» (Martínez de Aguirre y Aldaz, 2007, pp. 18-19).

Más aún, ya no es jurídicamente factible estimar inferior en parangón con otro a cualquier paradigma familiar *latu sensu*. Se diagnostica simultáneamente una *constitucionalización* y una *privatización* del derecho de familia.

Vista esa creciente transformación del derecho de familia en cuanto criterio rector, se estima muy útil escrutar algunos aspectos concretos de la legislación más reciente que puedan ser demostrativos de la misma, buscando tanto la comprobación empírica de esta inercia cuanto los efectos específicos que sea apta de generar. En las siguientes páginas proponemos alcanzar ese objetivo sirviéndonos de una regulación normativa específica, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV); a conectar debidamente, en una visión que se busca sistemática, con otros elementos que con ella interactúan, como es lógico en un conjunto normativo que se proclama y aspira a erigir un verdadero ordenamiento. Dentro de su articulado, se contienen expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia, arbitrados en su título III (arts. 81-90, ambos inclusive), abarcando la dispensa del impedimento matrimonial o la intervención judicial en relación con la patria potestad y los supuestos de desacuerdo conyugal en la administración de bienes gananciales.

Justamente cuando se pide la intervención estatal para la constitución o declaración de una determinada situación jurídica, probablemente se podrá apreciar con nitidez esa serie de vectores de cambio a la que nos referimos. Esto es significativo es unos tiempos como los que corren, en los que a una innegable *crisis de la ley*<sup>25</sup> se le adiciona que en ella se conciben otro tipo de objetivos, más de desasosegante mercadotecnia que estrictamente jurídicos (propedéutica legislativa, demostración del empeño modernizador del legislador por encima de cualquier racionalidad o sensatez, simbolismos envueltos en una aureola de imposible taumaturgia de transformación de la realidad por su mera formulación en una ley, etc.)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> El derecho se ha decantado innegablemente por una visión primordialmente legislativa. Su correlato pasa a ser la inflación e hipertrofia normativa quien, a su vez, gesta la referida crisis de la ley que cuenta con uno de sus rasgos señeros en la posible deficiente calidad técnica de las normas. Sobre ese *prius*, la certidumbre en el momento aplicativo del Derecho se vuelve un imposible, al quedar envuelta en una multiplicidad de titubeantes elucubraciones normativizadas habilitadas resueltamente por un desbaratado ordenamiento jurídico –cfr. López Jiménez (7 de julio de 2009)–. Concluye Ramón Fors (8 de abril de 2009) que, considerando «la incesante y caudalosa producción normativa que nos asfixia, y que la función unificadora del Tribunal Supremo parece estar condenada a ir diluyéndose, tanto por el desmesurado volumen de trabajo que tiene que afrontar dicho organismo como por la aparición de otros Tribunales que asumen esa misma competencia. Todo ello incrementa la complejidad del Ordenamiento jurídico y propicia su falta de armonía [...]. Los juristas no somos conscientes de hasta qué punto el Derecho vigente se está convirtiendo en algo cuyo conocimiento es inaccesible para el ciudadano normal; e incluso los juristas se ven obligados a especializarse y, lo que es peor, aunque lo intenten no consiguen penetrar en los arcanos de otras materias que no sean las que habitualmente estudian».

<sup>26</sup> «Se ha hecho realidad la llamada motorización legislativa [...] que implica no solamente una masificación de la ley, sino también un cambio radical, en ocasiones, de su papel. Otras veces se buscan regulaciones particularizadas, al margen de la generalidad imperativa, que era considerada por los clásicos como una característica esencial de la ley [...]. No siempre la norma persigue realmente la transformación de

### 3. Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia

Antes de detenernos en ellos, es preciso tanto ubicar el actual régimen jurídico de la jurisdicción voluntaria, enlazado a la tradicional cuestión de su naturaleza jurídica, cuanto analizar velozmente sus principales rasgos.

#### 3.1. La jurisdicción voluntaria como categoría jurídica

El concepto de jurisdicción voluntaria constituye uno de los grandes escollos académicos para el derecho, seguramente por aglomerarse en ella expedientes y realidades dispares. Como apunta González Poveda (2008, p. 127), «los actos de jurisdicción voluntaria tienen en nuestro derecho naturaleza muy compleja», sujeta lógicamente a una extensa e intensa evolución histórica. Doctrinalmente, no existe unanimidad «ni sobre su definición, ni sobre su naturaleza jurídica, ni sobre la clasificación de los actos, expedientes o negocios, ni siquiera sobre su número concreto es posible dar una orientación clara» (Guzmán Fluja, 2003, p. 768). Es cierto que contamos con algún dato diáfano al observarla: se ciñe al ámbito del derecho privado y supone un instrumento de tutela jurídica alternativo a la vía procesal, si bien limitado, especialmente en óptica temporal, por no aparejarsele tradicionalmente efecto de cosa juzgada, extremo por otra parte «inmanente a dicha tutela, pues lo contrario llevaría a la indefensión de los otros legitimados intervinieran o no en este expediente a los que afecta la resolución en alguna medida por falta de un sistema adecuado para su defensa» (Alonso Furelos, 2012, p. 129).

La pretensión objetiva que se trata de obtener es diversa: constitución, declaración, prevención o aseguramiento de derechos o de estados; ordenación de actos ejecutivos; autenticación de documentación... Aunando los rasgos que parecen conformar la jurisdicción voluntaria, Alonso Furelos (2012, p. 76) nos aporta una definición descriptiva:

---

la realidad, antes que legitimar una determinada política o contribuir a crear una apariencia de que se está resolviendo un problema [...] normas deliberadamente ambiguas o genéricas [...] para deferir la decisión de las cuestiones a un marco institucional que se espera aceptable para las fuerzas políticas intervinientes» (Xiol Ríos, 2011, p. 7). Así las cosas, «la producción de normas es tan abultada [...] que resulta difícil augurarle –al jurista– un dominio pronto y satisfactorio de cualquier tema, incluso en los planos medios del conocimiento de la especialidad a la que [...] se dedica. Por eso, a menudo, hallamos al jurista, aun casi sin quererlo, ocupado en una modesta y acelerada labor de exégesis de la ley [...]. Junto a la ley existen otras formas espontáneas no categorizadas conceptualmente, usos, costumbres, directivas, recomendaciones, estándares, modelos uniformes, normas técnicas, protocolos, códigos de conducta diseñados por unos u otros grupos o entidades privadas (no oficiales) con la voluntad de observarlos sin saber a ciencia cierta cuál es su fuerza de obligar. Hay un mundo que no es el del legislador oficial en el que adquiere eficacia y tiene valor esta forma de ordenamiento jurídico. No en el sentido de orden-mandato, sino en el de ordenamiento de lo social, con el significado de poner orden: una finalidad propia del Derecho» (Bonet Navarro, 2015, pp. 16-22).

Un método de tutela jurídica rápido, sencillo y económico para producir los efectos jurídicos previstos por el legislador y que solicitados y acordados se hallan limitados en el tiempo, consistentes en la mera declaración de una situación, la creación, modificación o extinción de la misma o su aseguramiento en virtud del cual el juez aplica una norma jurídica material civil o mercantil al caso concreto a petición del solicitante de la misma, sea una persona pública o privada según el interés en juego.

En sentido negativo, para Vegas Torres (2016, pp. 140-141) la jurisdicción voluntaria

sería todo lo que queda fuera de la legislación, de la jurisdicción y de la administración [...] pero [...] caben actividades de lo más variado: adopción y acogimiento de menores, declaración de ausencia y fallecimiento, consignación, deslindes, convocatoria de juntas generales de sociedades, conciliación y otros muchos,

hasta tal punto que a su parecer esta institución «considerada sin referencia a actos, expedientes o procedimientos concretos no es prácticamente nada». Se regulan así actos, expedientes y determinados procedimientos antes que un categorial instituto genérico.

## 3.2. La Ley 15/2015, de 2 de julio. Sucinta mención ubicativa a sus rasgos principales

La LJV anhela colmar una imprescindible *modernización* de la tutela del derecho privado, a la búsqueda de una mayor *integración sistemática* y de una asegurada *racionalidad*. La LJV se apresta a asumir un papel neurálgico en la actualización de un área de nuestro ordenamiento, en la cual, pese a la probablemente no intensa dedicación doctrinal o legislativa, se dilucidan «intereses [...] de gran relevancia dentro de la esfera personal y patrimonial de las personas» (Fernández de Buján y Fernández, 2016. pp. 22-23).

Visto que la jurisdicción voluntaria está orientada a actuar y dotar de efectividad a ciertos aspectos regulados por el derecho privado, cabe deducir razonablemente que tal tutela se va a brindar sobre diferencias sensiblemente sustanciales en relación con la ofrecida por la jurisdicción stricto sensu que plasma la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

### 3.2.1. Principios fundamentales

El artículo 1.2 de la LJV dispone que:

Se consideran expedientes de Jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tu-

tela de derechos e intereses en materia de Derecho Civil y Mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso.

Consiguientemente, resaltando una óptica puramente positivista, su radio de acción normativo queda delimitado por estos aspectos:

- a) Requerir la intervención de un órgano jurisdiccional del orden civil, si bien enseguida añadiremos alguna significativa modulación.
- b) Que tal requerimiento tenga por misión la tutela de derechos e intereses en el ámbito del derecho privado (aunque lógicamente su proyección pueda propulsarse más allá de los inicialmente concernidos).
- c) La ausencia de una controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso, esto es, en el curso de la jurisdicción *stricto sensu*.

### 3.2.2. Una parcial desjudicialización

El artículo 117.4 de la CE dispone que «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior –potestad jurisdiccional, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado– y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». La CE contempla la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales desplieguen funciones no jurisdiccionales –no juzgar y ejecutar lo juzgado– engarzadas a la garantía de derechos y previa habilitación legal.

Es congruo a la CE que la ley pueda encomendar a otros responsables públicos no judiciales la tutela y salvaguarda de derechos e intereses susceptibles de expedientes de jurisdicción voluntaria que, aunque con anterioridad se hallaran cubiertos por su desenvolvimiento por la autoridad judicial, se colocaran *extra muros* de los topes constitucionales y, por ende, no afectaran a derechos fundamentales o derechos o intereses de menores u otras personas que debieran ser reforzadamente protegidas por el ordenamiento jurídico, habida cuenta sus concretas circunstancias –reténgase, *infra*–.

Acogiéndose a este posibilismo constitucional, se pauta la atribución de buena parte de los expedientes a ella materialmente afectos a otros operadores jurídicos ajenos a la judicatura: letrados de la Administración de Justicia, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, confiando en su sobrada cualificación jurídica para la tramitación y resolución con pleno *garantismo* de algunos de aquellos expedientes. Se consagra la alternatividad como un criterio rector de la LJV, orientada a que el ciudadano pueda seleccionar la modalidad y el operador jurídico que mejor se ajuste a sus necesidades e intereses caso de tener que acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria. Habrá que observar cada modalidad de expediente etiquetado bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria para dilucidar a quién compete su conocimiento.

Nótese que la máxima garantía de derechos e intereses subjetivos, aun sin juzgar, sigue en manos de la autoridad judicial *–infra–*, pero su protagonismo por este sector del ordenamiento disminuye al estar compartido con otros muchos actores jurídicos.

Correlativamente, la LJV adapta su ámbito normativo exclusivamente a los expedientes tramitados y resueltos por operadores jurídicos insertos en la Administración de Justicia (jueces y letrados de la Administración de Justicia), pues la norma legal «tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales» (art. 1.1 LJV, en relación con el art. 85 LOPJ).

### 3.2.3. La introducción de un procedimiento común

La LJV se apresta entonces a la normación del impulso y dirección de los expedientes que permanezcan en el seno de los órganos jurisdiccionales. Se fija como criterio general que esa labor competa al letrado de la Administración de Justicia.

Para su resolución, en función de los casos que vaya recorriendo el tenor legal, la competencia se entrega bien al juez bien al letrado de la Administración de Justicia. La decisión de fondo queda de cuenta del juez en los expedientes en los cuales se afecte al interés público; al estado civil de las personas; se tutele específicamente a normas sustantivas; se deparen actos de creación, extinción, modificación, disposición o reconocimiento de derechos subjetivos; o se produzca pronunciamiento sobre derechos de menores o personas con capacidad judicialmente modificada (art. 2.3 LJV). La decisión de los restantes expedientes retenidos en el ámbito de la Administración de Justicia, y consiguientemente regidos por la LJV, competirá al letrado de la Administración de Justicia.

La LJV implementa una serie de normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria. Los artículos 9 a 22 de la LJV, ambos inclusive, contemplan un procedimiento tipo o estándar a aplicar a todos los expedientes previstos en la LJV en todo aquello que no dispongan con carácter específico y, por tanto, preferente. Se regulan su ámbito de aplicación, los presupuestos procesales y la particular tramitación procedimental del expediente<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Apunta sobre el particular Vegas Torres (2016, p. 140) que «a diferencia de otras instituciones en las que la regulación de carácter general tiene más importancia que las previsiones legales especiales que regulan aspectos concretos de la materia que se trate, en la Jurisdicción Voluntaria las normas generales de los Títulos preliminar y primero de la LJV ven notablemente mermada su trascendencia ante el gran número e importancia de las normas de carácter especial que se incluyen en las regulaciones de cada expediente. Esta característica [...] no ha de ser entendida como una anomalía o defecto de dicha regulación, sino más bien como una consecuencia lógica del carácter residual del concepto mismo de Jurisdicción Voluntaria, en el que se incluyen actividades de diferentes autoridades (tribunales

### 3.3. Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia

Analicemos ahora con más detenimiento esos expedientes en materia de familia que se contemplan en la LJV, sin perder de vista, por su plenitud sistemática y para una más recta contextualización, las prevenciones generales cuya existencia hemos dejado ya anotada.

Con carácter general, en materia de derecho de familia y dentro de la jurisdicción voluntaria, los asuntos en los que tradicionalmente se ha requerido intervención del juez

han sido los relacionados con la resolución de discrepancias entre los progenitores en la adopción de decisiones que afectan a menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, ya fueran decisiones de naturaleza personal (como contraer matrimonio o emanciparse) o de carácter patrimonial (como la disposición o gravamen de bienes inmuebles) (González del Pozo, 2016).

Con base en esta idea, precisamente, su decisión de fondo corresponde al juez al afectarse aspectos como los derechos de los menores; los derechos de personas con capacidad judicialmente modificada; la tutela de normas sustantivas; o la posibilidad de la gestación de actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos *–supra–*.

#### 3.3.1. Dispensa de impedimento matrimonial

Como es sabido, la regulación del negocio jurídico-matrimonial se efectúa con profusión normativa en el CC. En lo que a nosotros nos atañe aquí, el artículo 47 del CC prevé que no pueden contraer matrimonio entre sí *–en sentido contrario, sí con otras personas–* (1) los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, (2) los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y (3) los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad.

Ahora bien, acto seguido el artículo 48 del CC dispone que el juez «podrá *–reálcese, infra–* dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria» los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que se hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la con-

---

de Justicia, notarios, registradores, cónsules) de contenido muy variado y heterogéneo y, por tanto, difícilmente reconducibles a una esencia unitaria».

yugal y el de parentesco de grado tercero entre colaterales. El CC, así las cosas, ya deja marcados algunos extremos relevantes: no es dispensable el impedimento de línea recta por consanguinidad o adopción; sí lo son los dos restantes, por parte del juez –subráyese–, con concurrencia de justa causa –a apreciar igualmente por el juez–, a instancia de parte y en expediente de jurisdicción voluntaria. Se produce de esta forma un tangible reenvío normativo a la LJV, para que dote de concreción y contenido las certeras pinceladas que el Código ya deja prefiguradas.

Se ha producido la eliminación de la posible dispensa del impedimento de edad a partir de los 14 años. No pudiendo entonces contraerse matrimonio por los menores no emancipados –cfr. art. 46.1.º CC–, se produce la elevación de la edad mínima para este extremo a los 16 años (arts. 316, 317, 319 y 320 CC, conjuntamente).

En este expediente se aprecian estos aspectos destacables:

- a) **Competencia.** Para conocer de la solicitud –no demanda, cfr. arts. 3.1 y 4 LJV– de dispensa de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que se hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal –reálcese, se equiparan dos institutos abiertamente dispares, la unión de derecho y la unión de hecho a la que, sin embargo, el derecho reconoce efectos equiparatorios como el que ahora observamos, con la justificación de adaptación a la realidad social imperante– y de parentesco para contraer matrimonio del grado tercero entre colaterales a que se refiere el artículo 48 del CC será competente el juez de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia de cualquiera de los contrayentes. Por tanto, entre la dupla de posibilidades de operadores jurídicos que pudieran eventualmente hacerse cargo de esta concreta modalidad procedimental, el artículo 81.1 de la LJV selecciona al juez, en inevitable consonancia con lo prefijado por el CC.

Recuérdese que hasta esta regulación legal la dispensa del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior correspondía al ministro de Justicia. Asimismo, esta nueva redacción amplía la prohibición en liza, dado que no se limita a autores o cómplices, sino que usa un concepto mucho más omnicompreensivo, los condenados por haber tenido participación en ese hecho.

- b) **Legitimación.** A tenor del artículo 81.2 de la LJV, «deberá –*ius cogens*, no otra persona a *contrario sensu*– promover este expediente el contrayente en quien concurra el impedimento para el matrimonio», de entre los que indica el apartado precedente del precepto.
- c) **Postulación.** De conformidad con el artículo 81.3 de la LJV, en este concreto tipo de expediente de jurisdicción voluntaria «no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador», sin perjuicio por supuesto del derecho del interesado a valerse de sus servicios si lo considerara pertinente o útil.

- d) **Solicitud.** Según lo que establece el artículo 82 de la LJV, el expediente se iniciará mediante solicitud –léase, no de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, cfr. art. 14.1 LJV– a dirigir al juzgado competente. En ella, habrán de expresarse los motivos de índole particular, familiar o social en que se base, acompañándose los documentos y antecedentes necesarios acreditativos de la concurrencia de la justa causa exigida por el CC para que pueda proceder la dispensa que se insta. En su caso, también se propondrá la prueba que se estimara pertinente que, en consonancia con el operador jurídico a cuyo conocimiento se atribuye el expediente en liza, será también acordada por el juez. En el concreto supuesto de que el impedimento cuya dispensación se promoviera fuera el de parentesco, el precepto exige imperativamente que se indique «con claridad el árbol genealógico de los contrayentes».

El tenor legal no concreta qué cabe entender por esa *justa causa* que refiere. Previsiblemente, se remite a la que quepa anclar en esas motivaciones de orden particular, familiar o social que se aleguen por el solicitante.

Coherentemente con la inexigibilidad de postulación procesal, el texto legal no exige la formulación de fundamentación jurídica en la solicitud que origina este expediente. Únicamente se pide motivación particular, familiar o social; aunque evidentemente también pueda haber presencia de mimbres jurídicos.

- e) **Tramitación.** La admisión a trámite de la solicitud es función del letrado de la Administración de Justicia, quien asimismo «citará» –*ius cogens* nuevamente– a comparecencia a los contrayentes y a aquellos que pudieran estar interesados, para ser oídos (*vid.* art. 17 LJV). Si se tratara de dispensa de impedimento de conyugicidio, «deberá citarse, además, al Ministerio Fiscal». Esa comparecencia será el momento de practicar las pruebas que hubieran sido propuestas y aceptadas (art. 83.1 LJV). Se colige que se aspira a que la tramitación sea rápida y sencilla, concentrada, orientada a esa comparecencia donde, en unidad de acto y bajo la contrastable viveza del principio de inmediatez, se volcarán todas las previsiones y pruebas a presencia judicial, al ser el juez quien tiene la competencia de conocimiento de esta modalidad de expediente (art. 18.1 LJV).
- f) **Resolución.** Teniendo en cuenta la justificación ofrecida, valorándola, el juez resolverá concediendo o denegando la dispensa del impedimento para el matrimonio (art. 83.2 LJV). La ley guarda silencio respecto a la forma de esa resolución, pero hemos de entender que se tratará de un auto, visto el tenor del artículo 19.1 LJV a valorar en una suerte de intrasupletoriedad legal tal cual previene el artículo 13.1 de la LJV. Tampoco se nos indica nada respecto a la posible impugnación de esa resolución judicial. *Mutatis mutandis*, entendemos que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, en un efecto con carácter general, ante la correlativa audiencia provincial (art. 20.2 LJV) en los términos prevenidos en la LEC.

- g) **Testimonio.** Concedida la dispensa solicitada, el artículo 84 LJV prevé que el letrado de la Administración de Justicia expida testimonio del auto en cuestión y se le entregue al solicitante, para que le dé el uso que corresponda.

### 3.3.2. Intervención judicial en relación con la patria potestad

En estos expedientes se condensan en realidad dos modalidades diferentes. Con carácter común, muy apegado a su tramitación, el artículo 85 de la LJV dispone que en ellos, una vez admitida la solicitud por el letrado de la Administración de Justicia, este citará *–ius cogens–* a comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal *–existencia de menores o personas con capacidad judicialmente modificada, cfr. art. 4 LJV–*, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad modificada judicialmente, en su caso, o al menor si tuviere suficiente madurez y, siempre, si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuera un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de estos, a su tutor (reálcese, cfr. *a contrario* el art. 323 CC). Facultativamente, «se podrá también acordar la citación de otros interesados». La norma pauta pues una disociación entre personas que *han de ser citadas* a comparecencia y personas que *pueden serlo*.

Por su parte, el Juez podrá acordar (de oficio, a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal) la práctica durante el curso de esa comparecencia de las diligencias que considere oportunas. De otro modo, se concede una amplísima discrecionalidad a la autoridad judicial en lo que a diligencias de índole eminentemente probatoria atañe, tanto en su acuerdo como en su origen. Se previene que si tales actuaciones tuvieran lugar tras la comparecencia comentada, se dé traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días (salvaguardando sus intereses y capacidades de defensa, pues). Ya intuimos, además, que el operador jurídico responsable del conocimiento de estas modalidades de expedientes de jurisdicción voluntaria va a ser el juez.

Una vez más, expresamente, «no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador para promover y actuar en estos expedientes» (art. 85.3 LJV).

Individualicemos las dos referidas modalidades.

#### 3.3.2.1. Intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad

##### a) Ámbito de aplicación

Materialmente, ex artículo 86.1 de la LJV, estos expedientes tienen un ámbito de aplicación acotado a dos supuestos concretos:

- Cuando el juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los dos progenitores. Así pues, debemos hallarnos ante un doble requisito habilitante: desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad en que los progenitores tengan atribuido su ejercicio común y que esa controversia afecte a una toma de alguna decisión que corresponda adoptar conjuntamente a ambos. *A contrario sensu*, esta modalidad de expediente no es aplicable ante una situación en que la patria potestad esté exclusivamente encomendada a uno de los progenitores. Resulta pues clave deslindar qué actos de ejercicio de la patria potestad competen conjugadamente a los dos progenitores (incluidos en este expediente, de llegar el caso) y cuáles lo son por solo uno de ellos (excluidos del expediente en estudio). La remisión al tenor del artículo 156 de la CC resulta, pues, inesquivable, especialmente para delimitar aquellos actos de ejercicio ordinario de la patria potestad (desarrollables válidamente con carácter general por uno de los progenitores) de los que gocen de carácter extraordinario (precisando el consentimiento de los dos progenitores o, en su defecto, de resolución judicial). Dejaremos apuntada sin más la cuestión, que rebasa el sentido de estas páginas.
- Cuando el titular de la patria potestad fuera un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.

## b) Competencia

También se establecen dos reglas sobre el particular punto de determinación de competencia judicial:

- Será competente el juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de residencia del hijo.
- Si el ejercicio conjunto de la patria potestad hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente el juzgado de primera instancia que la hubiera dictado.

## c) Legitimación

Para la promoción de este expediente se hallan legitimados ambos progenitores, bien individual bien conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuera un menor no emancipado, también gozarán de esa legitimación sus progenitores y, a falta de estos, su tutor –cfr. art. 324 CC–.

El precepto ya no prevé más especificidades de tramitación, por lo que en aras de su complitud habremos de atenernos a lo dispuesto en el artículo 85 de la LJV y, subsidiariamente, al resto de previsions genéricas y supletorias articuladas por la LJV (*supra*).

### 3.3.2.2. Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente

Ciertamente, considerando que no es sencillo imaginarse que en este tipo de asuntos no exista controversia en su curso, cabe plantear una reflexión crítica sobre la catalogación legal, y proponer que posiblemente la sede natural de estos pretendidos expedientes debería hallarse en la LEC, como una modalidad más de los procedimientos concernientes a la capacidad, filiación, matrimonio y menores.

Sin perjuicio de ello, una vez más, en el supuesto se comprenden dos supuestos diferenciables: por un lado, medidas de protección del menor o persona con capacidad judicialmente modificada ante un ejercicio inadecuado –o dejación, por qué no– en el desarrollo de las correspondientes tareas inherentes y, por otro, medidas de buena administración y gestión de los bienes y rentas de estas personas, en aras de garantizar su protección patrimonial.

#### a) Ámbito de aplicación

Materialmente, ex artículo 87.1 de la LJV, este expediente se proyecta en los casos que expresan los artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del CC. Particularmente:

- Para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente –art. 158 CC–. El precepto en cuestión aglomera medidas muy dispares: aseguramiento de la prestación de alimentos, provisión de futuras necesidades a los hijos, evitación de perturbaciones en caso de cambio del titular de la potestad de guarda, evitación de sustracción por alguno de los progenitores o terceras personas, prohibiciones de comunicación o acercamiento... En fin, toda medida orientada a alejar del menor de cualquier peligro o perjuicio, en consonancia con la relevancia cenital, sustantiva y procesal, del artículo 158 del CC, máxime cuando en su texto se dispone con un ánimo jurídico-procesal expansivo palmario que «todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien de un procedimiento de jurisdicción voluntaria». No es solo que el listado de medidas que contempla sean realmente amplias, sino que son aplicables a prácticamente cualesquiera tipos de procedimientos contenciosos, a su vez civiles o penales, o de jurisdicción voluntaria.
- Para el nombramiento de un administrador judicial para la administración de los bienes adquiridos por el hijo por sucesión en la que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad (*vid.* arts. 853, 854 y 855 CC) y no se hubiera designado por el causante persona para ello, sin que pudiera tampoco desempeñar dicha función el otro progenitor. Como se comprenderá, se trata de un supuesto realmente dificultoso de presentación en la práctica al exigir la concurrencia cumulativa de cir-

cunstanCIAS ciertamente excepcionales. Sustantivamente, cabe confrontar estas previsiones con el artículo 164.2.º del CC.

- Para atribuir a los progenitores que carecieren de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados –cfr. el motivo anterior– o no hubieren podido heredar por causa de indignidad, y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para la que denomina su «educación o carrera» (expresión suficientemente amplia como para albergar cualquier tipo de estudios, creemos que incluso no reglados). Podemos dar por reproducido el juicio que adjuntábamos al supuesto precedente, pues también se exige que concurren un conjunto de circunstancias dificultosamente esperables en la praxis.
- Para la adopción de las medidas necesarias para asegurar y proteger los bienes de los hijos, exigir caución o fianza para continuar los progenitores con su administración o incluso nombrar un administrador cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo –cfr. art. 167 CC–.

#### b) Competencia

Las reglas sobre el particular que previene el artículo 87.2 de la LJV son las siguientes:

- Será competente el juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.
- No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos se hubiera establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela, será competente para conocer de este expediente el juzgado de primera instancia que hubiera conocido del inicial (*supra*).

#### c) Adopción de medidas

Las medidas que hemos referido pueden adoptarse de oficio, a instancia del afectado, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Si se solicitan respecto de una persona con capacidad judicialmente modificada, podrá acordarse asimismo a instancia de cualquier interesado (art. 87.3 LJV).

#### d) Resolución

Estimada por el juez precedente la adopción de alguna de esas medidas, resolverá (en auto, *supra*) lo que corresponda designando persona o institución que, en su caso, haya de encar-

garse de la custodia de menor o persona con capacidad modificada judicialmente; adoptará las medidas procedentes en el caso conforme a lo dispuesto por los artículos 158 y 167 del CC y, si procediera, podrá también nombrar un administrador o un defensor judicial (art. 88 LJV). De tratarse de tutela de menor o persona con capacidad judicialmente modificada, se remitirá testimonio del auto definitivo al juzgado que hubiera conocido del nombramiento de tutor.

### 3.3.3. Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales

#### a) Ámbito de aplicación

Se acudiría a este expediente cuando los cónyuges, individual o conjuntamente (reálcese convenientemente, se cubre un interés eventualmente particular), soliciten la intervención o autorización judicial para alguno de estos supuestos que lista el artículo 90.1 de la LJV:

- Fijar el domicilio conyugal (realmente extraño, si no hay ni siquiera acuerdo sobre este tema cabe esperar que la situación del matrimonio sea extremadamente crítica y se insten más bien medidas de separación o divorcio, aunque de plantearse el juez deberá valorar el interés de cada cónyuge y, especialmente, de los hijos comunes de haberlos) o disponer sobre la vivienda habitual y objetos de uso ordinario (cfr. arts. 96.4.º y 1.320 CC), si concurriera desacuerdo entre ellos.
- Fijar la contribución a las cargas del matrimonio cuando uno de los cónyuges incumpliere semejante deber. A tenor de las previsiones del artículo 1.318 del CC, se trata de una obligación ínsita al matrimonio, al margen de cuál sea el sistema patrimonial que se pacte entre los cónyuges, por formar parte del denominado régimen económico matrimonial primario. Por consiguiente, en este expediente se pueden perseguir aspectos como el acuerdo del cumplimiento forzoso de la obligación de contribuir a las cargas comunes, su fijación y cuantificación para cada cónyuge, las medidas oportunas a tal fin conducentes...
- Realizar un acto de administración respecto de los bienes comunes por ser necesario el consentimiento de ambos cónyuges, o para la realización de un acto de disposición a título oneroso sobre los mismos, por hallarse el otro cónyuge impedido para prestarlo o si se negara injustificadamente a ello.
- Conferir la administración de los bienes comunes cuando uno de los cónyuges se hallara impedido para prestar el consentimiento (situación fáctica que, con cierta duración o permanencia le impida prestarlo) o hubiera abandonado la familia o existiera separación de hecho. Entendemos que en este supuesto no se abriga la incapacidad declarada, dotada de su propio régimen jurídico específico y, por tanto, preferente (art. 760 LEC).
- Realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente,

si el cónyuge tuviera la administración y, en su caso, la disposición de los bienes comunes por ministerio de la ley o por resolución judicial.

Ha de tenerse también en cuenta que en los expedientes sobre atribución de la administración y disposición de los bienes comunes a uno solo de los cónyuges, el juez «podrá acordar asimismo cautelas y limitaciones, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal cuando haya de intervenir en el expediente» (art. 90.2 LJV).

En nuestra opinión, convendría matizar debidamente que los actos de disposición de los que se trata habrían de serlo a título oneroso. Si lo fueran a título gratuito, el artículo 1.378 del CC los convertiría en nulos sin consentimiento del otro cónyuge, desactivando el presupuesto de hecho de este expediente, dado que nos parece evidente que el juez no podría suplir un consentimiento que ha de ser personalísimo de cada cónyuge.

#### b) Competencia

En estos supuestos, será competente el juzgado de primera instancia del que sea o hubiera sido el último domicilio o residencia de los cónyuges (art. 90.2 LJV).

#### c) Postulación

Se prevé que no sea preceptiva la intervención de letrado ni procurador para promover y actuar en estos expedientes, «salvo que la intervención judicial fuera para la realización de un acto de carácter patrimonial con un valor superior a 6.000 euros, en cuyo caso será necesario» (art. 90.2 LJV).

Aunque la inserción de este tipo de previsiones legislativas coadyuve a la seguridad jurídica, lo cierto es que no deja de ser difícilmente comprensible que la postulación sea forzosa o voluntaria sobre la fijación de una cuantía económica. Lógicamente, la complejidad o relevancia objetiva de un determinado asunto no depende exclusivamente de que se alcance un monto económico que la ley prefije y, lo que es más trascendente, la correlativa dotación –o no– de una exigencia técnico-jurídica. Entendemos también que la fijación de la cuantía adyacente al valor de los expedientes nos debería llevar a las supletorias reglas de la LEC (arts. 251 y ss.), que a su vez pueden no ser pacíficamente precisables en todos los supuestos que puedan presentarse.

#### d) Intervención del Ministerio Fiscal

En estos expedientes se dará audiencia al Ministerio Fiscal cuando estén comprometidos los intereses de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente. A *contrario sensu*, no en caso de no concurrencia de tales presupuestos subjetivos.

#### e) Tramitación y resolución

Existe previsión expresa al indicarse que, imperativamente, «se seguirán los trámites regulados en las normas comunes de esta Ley» para la llevanza de cualquiera de los expedientes relativos a las materias reflejadas anteriormente (art. 90.1, primer inciso, LJV).

En cualquier caso, el juez «oírán en la comparecencia al solicitante, al cónyuge no solicitante, en su caso, y a los demás interesados, sin perjuicio de la práctica de las demás diligencias de prueba que estime pertinentes» (art. 90.4 LJV).

No hay previsión específica sobre la resolución que culmine este expediente, por lo que nos remitimos en bloque a las prevenciones genéricas referidas anteriormente (arts. 90.1 primer inciso, 13.1, 19.1 y 20.2 LJV, de consuno).

## **4. Valoración de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia. Propulsión de su regulación hacia los principios generales del derecho de familia. En especial, bienes jurídicos que protege en la actualidad el derecho de familia**

De lo expuesto, podemos inducir algunos rasgos que, a nuestro juicio, presiden la regulación en estas modalidades procedimentales de expedientes de jurisdicción voluntaria, que rápidamente hemos comentado, proyectándolas además hacia las líneas generales que envuelven actualmente a las normas integrantes del derecho de familia, esto es, que norman en especial ciertos aspectos del crecientemente deshilachado instituto familiar clásico.

### 1. El operador jurídico al que se encomienda su conocimiento

Como se ha podido comprobar, en todos estos expedientes el responsable de su conocimiento y decisión es el juez. Ya hemos tenido ocasión de recordar que el desarrollo de estas funciones por parte de la judicatura no se engarza al puro ejercicio de la función jurisdiccional, sino que se cose a otro tipo de actuaciones constitucionalmente bendecidas en las que, sin esa cobertura jurídica específica, la autoridad judicial interviene en garantía y protección de determinados derechos (art. 117.4 CE, *supra*).

Ahora bien, ello no debe ocultar el realce evidente de una idea crucial: aunque el marco normativo que abriga ahora a la siempre dogmáticamente escurridiza jurisdicción voluntaria tenga por uno de sus más pujantes criterios la desjudicialización, es decir, la erogación de las dispares modalidades de expedientes a ella incardinables entre operadores jurídicos diferentes; de entre todas estas posibilidades de atribución subjetiva, la LJV entrega en monopolio el conocimiento y resolución de los que a la familia conciernen al juez. Si la auto-

ridad judicial es la máxima garante de los derechos ciudadanos, el baluarte defensivo que los ampara y protege con suprema eficacia<sup>28</sup>, resulta llamativo que el legislador le confiera esta responsabilidad. Aun sin anclarse a supuestos de jurisdicción *stricto sensu*, en estos supuestos no se produce desjudicialización, *ergo* se deduce que gozan de una repercusión profunda que traslada al operador jurídico a quien se le encomiendan.

En suma, la importancia que el legislador otorga a estas materias se deja entrever en que se encarga su llevanza y resolución al operador jurídico cualitativamente más señero que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria puede intervenir. Otra cosa es despejar el motivo de esa determinación legal, que creemos justificada en los bienes jurídicos que con estos expedientes se protegen *–infra–*.

## 2. El criterio general implementado en materia de postulación como baliza de la naturaleza (privada) del ámbito material y objeto de estos expedientes

Sin perjuicio de esta primera conclusión, la incidencia de otros aspectos insertos en la regulación comentada nos llevará a efectuar algunas modulaciones sobre lo que al implementarlos a buen seguro ronda en la *mens legislatoris*.

Particularmente, estimamos singularmente representativo el criterio imperante en materia de postulación. Conforme hemos podido comprobar empíricamente (arts. 81.3, 85.3, 90.3 II LJV), la opción legislativamente tomada consiste en la no preceptividad de asistencia letrada y representación por procurador en estos expedientes, a salvo alguna acotación puntual.

Bien, de inmediato tenemos que colegir que esa ausencia implica necesariamente la no perentoriedad de fundamentación jurídica de la parte solicitante o interviniente en ellos. Como es sabido, las leyes procesales imponen como criterio general que el justiciable practique el acceso a la jurisdicción representado por *procurador* y asistido de *letrado* (arts. 23 o 31 LEC). Abogacía y procura desarrollan la capital función consistente en la defensa y repre-

---

<sup>28</sup> «La garantía de los derechos identifica lo que denominamos actualmente Estado Constitucional [...]. Se consagra de esta manera un derecho a la justicia, que se configura como un derecho de todos a que sus pretensiones sobre cualquier situación jurídica sean examinadas por un Juez imparcial e independiente tras un proceso establecido legalmente que respete las garantías de igualdad de las partes, de su eventual contradicción, de la plenitud de los medios de prueba y defensa y la duración razonable, proscribiéndose, de este modo, cualquier tipo de indefensión [...]. Efectividad de la tutela judicial [...] tratándose de un derecho pòrtico que asegura la efectividad de los demás derechos fundamentales, llevando implícita una nueva ética en la función judicial y un modelo de Juez constitucional [...]. La disciplina constitucional del proceso comporta un cambio total de la función de juzgar, definiendo un nuevo paradigma en la actividad judicial, que ha supuesto que el Juez del poder haya dado paso al Juez de los derechos [...] debiendo subrayarse que la garantía de los derechos constituye, junto con la independencia judicial, el emblema de la ética profesional del Juez» (Bodas Martín, 2004, pp. 365 y ss.).

sentación de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos tal cual los glosa el artículo 24.1 de la CE, abortando con la inserción de esta carga procesal de parte supuestos de indefensión de origen técnico-jurídica que, a buen seguro, se gestarían materialmente en caso de su ausencia.

Si nos desenvolvemos en una sociedad compleja y tecnificada, la referida capacidad no es obtenible sino a través de la *profesionalización*, capaz no solo de asegurar la corrección técnico-jurídica prefijada por la ley para determinados actos, sino también la seguridad jurídica y su subsiguiente certeza, valor constitucional por sí mismo conforme al artículo 9.3 de la CE. Abogado y procurador se complementan para brindar un integral respaldo jurídico a su cliente: el primero se encarga de la protección jurisdiccional de las peticiones de aquel, a quien el segundo representa formalmente con toda la amplitud asumible en derecho.

Sin embargo, reiteramos, en este tipo de expedientes insertos en una norma de naturaleza procesal, aunque no de jurisdicción en sentido riguroso (*supra*), el criterio es justamente el opuesto. ¿Acaso el legislador nos deja vislumbrar que los intereses que en ellos se vuelcan y se busca amparar mediante la intervención del Estado –juez, aun no en función jurisdiccional– no se respaldan en una fundamentación de eventual complejidad, en un sustrato jurídico que precise de una asistencia técnica especializada? De otro modo, ¿quizás el legislador reconozca que el interés que se tutela en estos expedientes es drásticamente privado y, dentro de esta categoría, ni siquiera merecedor de un perentorio sostén técnico-jurídico profesionalizado (con la salvedad puramente cuantitativa que marca el art. 90.3.II), como sí sucede contrastadamente en otros de los expedientes regulados en la LJV (en materia mercantil, por ejemplo, arts. 113.2, 118.3, 121.3, 124.3 y 126.3)?

Se facilita el acceso y uso de los interesados de estos cauces, en línea con la ansiada simplificación que hemos expresado más arriba, pero también correlativamente tal vez demuestra una cierta levedad de lo que se protege, simplicidad demostrada en la no existencia apriorística de sustento jurídico que precise de este apoyo o respaldo.

### 3. Los bienes jurídicos protegidos por estos expedientes

Quizás la clave más determinante para justificar una conclusión a los efectos que perseguimos con estas líneas radica en esclarecer verdaderamente cuáles son los bienes jurídicos a los que estas normas procedimentales se orientan teleológicamente en su labor tuitiva. ¿Es la familia *per se*? ¿O son otros los intereses por ellas cubiertos prioritariamente? Veámoslo caso a caso.

#### Caso 1

En el *expediente de dispensa del impedimento matrimonial* bien parece que se protege al contrayente en quien, pese a concurrir alguno de esos impedimentos dispensables, pre-

tende llevar a cabo el negocio jurídico matrimonial más que a la propia institución en sí. Se trata de evaluar judicialmente en el caso concreto afectado que la presencia de un impedimento es dispensable, pero ello no se adopta de manera automática por mera petición del solicitante. El expediente va encaminado, previa aportación de motivos y en su caso de proposición probatoria, a la corroboración acreditativa de «la concurrencia de justa causa exigida por el Código Civil» –art. 82 LJV–. De otro modo, se precisará un análisis particularizado que culmine, en su caso, con esa determinación plasmada en resolución judicial. Aun cuando «la dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes» (art. 48 *in fine* CC), la apreciación judicial de la dispensa es drásticamente casuista, en función de las circunstancias que el contrayente aporte.

Entendemos pues que no parece inadecuado estimar que el protagonista subjetivo del expediente es el contrayente que lo insta, por encima del matrimonio en cuanto tal (que de hecho aún no existe temporalmente por perfeccionarse en un momento ulterior, condicionado precisamente a la superación del escollo apreciado). Cuando menos, su protección también es objeto de esta modalidad procedimental.

## Caso 2

Por lo que se refiere al expediente de *intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad*, el interés jurídicamente tutelado no es otro, a nuestro modo de ver, que el beneficio del sujeto a patria potestad, esto es, hijos no emancipados o mayores incapacitados previamente a alcanzar la mayoría de edad (arts. 154 y 171 CC, respectivamente). Si la patria potestad, que como «responsabilidad parental» se ejercerá imperativamente «siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental» (art. 154 CC), lo que se protege con este expediente no es más que la ortodoxa realización de este deber jurídico, en supuestos en los que desarmonías o desacuerdos puedan hacerlo flaquear. Pero, entendemos, la clave teleológica del expediente no estriba en los intereses o posturas contrapuestas de los titulares de la patria potestad sino, justamente por el carácter vicarial de la institución, en el aseguramiento del superior interés del menor o incapaz sujeto a este mecanismo de guarda y protección de su persona y bienes.

Es evidente que el menor ha pasado a ser considerado un verdadero sujeto de derecho. Efectivamente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, reconoció

plenamente la titularidad de derechos de los menores y la capacidad progresiva para ejercitarlos, pasando los menores a ser considerados [...] sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y

en la satisfacción de las necesidades de los demás (Añón Calvete, 28 de septiembre de 2015).

Actualmente, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ahonda en esa línea argumental normativizada, adaptando a las presentes circunstancias sociales tal principio y también elevando a rango legal muchas de las interpretaciones jurisprudenciales que se han ido produciendo sobre este tema en los últimos años<sup>29</sup>.

De ahí la consagración del principio del superior interés del menor, que aun erigiendo un concepto jurídico indeterminado, resulta trasunto de una concepción del menor como sujeto de derechos y no como mero objeto del derecho<sup>30</sup>, proyectándose en tres dimensiones: principio sustantivo, principio jurídico exegético y norma de procedimiento. Ello determina, en directa relación de causalidad, que su interés haya de ser tenido presente por encima de otros, incluso legítimos, si le resultan objetivamente lesivos desde cualquiera de esos enfoques. Así las cosas, se convierte al interés del menor en contenedor de un

derecho emergente [...] no solo en la intimidad familiar, sino también dentro de la esfera de la política pública. Principio surgido en el marco europeo, incluido en nuestro ordenamiento jurídico, y en continuo desarrollo legislativo y jurisprudencial en todos los ámbitos donde se mueve el menor (Iglesia Monje, 9 de octubre de 2014).

En lo que aquí concretamente respecta, el poder de los padres ostentado sobre los hijos, surgiendo de la ley, ha de supeditarse a servir a ese interés superior del menor. Consecuentemente, no es susceptible de extenderse a los ámbitos en los que choque o impida tal presupuesto de la dignidad del menor y el libre desarrollo de su personalidad, siendo

<sup>29</sup> Minuciosamente, Iglesia Monje (2014).

<sup>30</sup> «Es un concepto jurídico indeterminado [...] redactado a modo de cláusula abierta que debe impregnar la aplicación del Derecho y, especialmente, el Derecho de la Persona y el Derecho de Familia. Siendo necesario fijar su significado, el cual nos servirá de criterio interpretativo de las normas referidas a dicha área jurídica y de los actos que se subsumen en el supuesto de hecho de las mismas [...]. Se trata de una norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia [...] de *ius cogens*, en todos aquellos procedimientos en los que se encuentre implicado un menor [...]. Se trata de un principio rector que impregna todo el ordenamiento y la actuación de los poderes públicos en todas las actuaciones relacionadas con menores, tanto administrativas como judiciales [...]. De ahí la dificultad de establecer un concepto relacional que sirva de parámetro para resolver los conflictos en los que se encuentre incurso o implicado un menor. No solo se define como principio, sino también como un estándar jurídico [...] un modelo de actuación social o conducta que viene a adecuarse a lo que demanda la conciencia de la sociedad que atiende a una serie de principios y sensibilidades sociales» (Verdera Izquierdo, 2017, p. 521).



susceptibles de ser desarrollados por él mismo. Ese es el bien jurídico protegido, no el instituto familiar (¿cuál, además, visto su pluriformismo?) por sí.

### Caso 3

Pasando al expediente de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, entendemos que el bien jurídico a tutelar es exactamente el mismo que en el expediente que acabamos de indicar, en lo personal o patrimonial, por lo que podemos dar por reproducidos los argumentos de los que nos acabamos de servir y traerlos al caso aquí en análisis, evitando así reiteraciones superfluas.

### Caso 4

Por fin, en los supuestos de *intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales*, se estima que lo que se cuida no es solamente a los intereses particulares de los cónyuges o del propio instituto, si es que surgiera alguna de las discordias que tipifica la regulación y que hemos tenido ocasión de reproducir. También se protege la repercusión que estas problemáticas matrimoniales puedan provocar hacia terceros, fijando certezas en lo que al tráfico jurídico y económico posterior puedan acaecer.

Así, el objeto de este expediente desborda, a nuestro parecer, el propio vínculo matrimonial y sus vicisitudes y se expande potencialmente hacia terceros, tutelando sus legítimos intereses jurídicos que pudieran verse cuestionados por los aludidos supuestos potencialmente conflictuales.

## 5. Colofón

Si queremos proponer inductivamente una idea corolario de toda la exposición acorde al título que le damos, es decir, los principios que legislativamente se aparejan al derecho de familia en normaciones recientes, como es el caso de la LJV, no podemos negar o cuestionar que la familia sigue siendo un instituto jurídico regulado y protegido por nuestro ordenamiento. La afirmación no puede ser más obvia. Otra cosa es, por un lado, si se observa la tutela de un paradigma cerrado de familia y, por otro, si la regulación converge en la defensa de otros bienes jurídicos con los que, como mínimo, ha de cohonestarse o, eventualmente, quedar en segundo plano frente a una pujanza superior de aquellos que puedan rezumar de las leyes como trasunto de la realidad social coetánea. Y en esa coexistencia laten con especial fuerza tanto la *pluriformidad familiar*, que el derecho acoge sin mayor esconce, y la ganancia de terreno de la *autorregulación*, la *contractualización de las relaciones familiares* y su subsiguiente huida de una regulación cogente –que resiste supe-

toriamente en otros aspectos mínimos, muy singularmente para los casos en que fracasa esta técnica más individualista— para ubicarse en el campo de lo dispositivo.

Efectivamente, no se trata tanto de arbitrar métodos novedosos de gestión de derecho privado y sus vicisitudes, conectados en sentido amplio a la idea de familia, cuanto de tutelar intereses concretos que tienen que ver con elementos conexos o confluentes en ella, o abarcados por ella: el menor, el incapaz sujeto a patria potestad, la posición jurídica de un cónyuge... aunque incardinados a otros principios jurídicos rectores que, a todas luces, no necesariamente tienen por frontispicio a la idea de familia, sino al superior interés del menor, la protección de la persona con capacidad judicialmente modificada, la igualdad jurídica entre las personas, la seguridad jurídica muy singularmente proyectada sobre el tráfico jurídico y económico...

En fin, a nuestro juicio lo que se tutela eminentemente en estos expedientes, en un enfoque primordialmente inductivo, es un aspecto de orden público del que se desgajan enormes jirones del tradicional orden familiar, desposeído ya de esa faz transpersonal y redirigido más bien a un espectro estrictamente privado, regido por una contractualizante autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC).

Las nuevas regulaciones legislativas que tienen por objeto a la familia nos demuestran, pues, ese nuevo esquema familiar más desdibujado y menos estricto que el que en principio contemplaba históricamente nuestra legislación. Los nuevos convencionalismos sociales alrededor de esta institución ya cuentan con una sólida y perseverada plasmación en los textos integrantes del ordenamiento jurídico y, lo que es más importante, en las prioridades y mecanismos protectores que se arbitran para su aseguramiento.

Se observa una clara expansión de derechos de nuevo cuño, fruto de las necesidades y demandas sociales y de la nueva escala de valores imperante que la legislación debe recoger. Una vez se logran, percibidos como tales e impregnados de un profundo sesgo identitario del paradigma social en vigor —individualista— moldean y condicionan un esquema de familia que ha de apegársele, asimismo novado aunque de manera no unívoca, sino plural; adaptado a todas las posibilidades que se bendicen sociológicamente sin ambages. La familia se torna básicamente en una *estructura instrumental*, no jerárquica o eminentemente imperativa, sino más bien colaborativa, para asegurar y reforzar intereses particulares (del menor, por ejemplo, el verdadero bien jurídico en presencia), ergo sin categórico valor independiente por sí misma. Por eso asume tantas formas sin mayores contrariedades conceptuales, sociológicas y, en última instancia, normativas.

De hecho, lo que la legislación nos refleja de manera contundente es que el derecho de familia no pivota sobre el vínculo matrimonial, habida cuenta de que el mismo no es estable por definición y no puede así servir de base sólida a ninguna institución. Descansa sobre otros elementos como la protección de los menores, amparados siempre al margen de la contingente existencia matrimonial (art. 39.2 CE); o la certeza en el tráfico jurídico-negocial en que

una de las partes es esa sociedad familiar intrínsecamente plural y mutante. La sociedad ya no se forma por familias, sino por individuos que, en distintos grados y formas, se integran en sus familias quienes, por sí mismas, no tienen personalidad jurídica, ni mucho menos pueden condicionar la libertad individual o encarnar intereses que friccionen mínimamente con los de aquellos. No se protege jurídicamente a una familia tan difusa tal cual, o a intereses que pudieran pertenecerle como categoría autónoma, sino que se preservan derechos e intereses de los que la conforman, de forma por otra parte marcadamente variable e ineluctablemente inestable.

Justamente en tal entorno, no hay alternativa a la flexibilización del derecho de familia. No le cabe otra opción que la laxitud so pena de no poder brindar soluciones jurídicas a cuestiones sociales en constante cambio. Precisa esa indefinición porque la realidad que ahora regla también lo es. De paso, queda justificada una mayor componente pública de la normativa rectora, que es congrua con la difuminación de la rigidez de la institución familiar clásica: en su ausencia, debe protegerse de todos modos, instrumentalmente también, el conjunto de intereses de los individuos a ella engarzados (menores, ámbito contractual con terceros...), lo que fomenta la inserción de previsiones normativas específicas subsidiarias a la autoformación que eviten vacíos regulatorios en el elenco de derechos, deberes y responsabilidades en presencia (mecanismos de protección, regulación de efectos económicos en caso de ruptura del vínculo matrimonial, normación de efectos económicos –internos y externos– de las uniones de hecho, etc.).

Ese cambio ya está positivizado rocosamente en la legislación integrante del derecho de familia. La más reciente lo ratifica, como se ha razonado y contrastado en las páginas precedentes.

## Referencias bibliográficas

- Alonso Furelos, J. M. (2012). *Reflexiones sobre la vigente legislación española de la Jurisdicción voluntaria en su parte general y bases para su reforma*. Madrid: Dykinson.
- Álvarez Torres, O. M. y Martínez Montenegro, I. (2013). El Derecho familiar ¿Derecho social o privado? *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 1(9).
- Añón Calvete, J. (28 de septiembre de 2015). Interés del menor. *Lefebvre el Derecho*. Recuperado de <<https://elderecho.com>>.
- Arce y Flórez-Valdés, J. (2005). Incidencia de la Constitución Española en el Derecho Civil. En *Homenaje a la Constitución Española, XXV aniversario*. Universidad de Oviedo.
- Arroyo Moreno, A. M.<sup>a</sup> (16 de junio de 2014). La constitucionalización del Derecho de Familia. *Diario La Ley*, 8333.
- Bodas Martín, R. (2004). Las garantías éticas del proceso. En *Ética del juez y garantías procesales*. Madrid: CGPJ.

- Bonet Navarro, A. (2015). *La experiencia procesal del fracaso del Derecho*. Universidad de Zaragoza.
- Corral Talciani, H. (1994). *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- Corral Talciani, H. (2016). ¿Del Derecho de Familia a un Derecho de las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la pluralidad de formas de familia. *Revista de Derecho de Familia*, 6(II).
- Díaz-Ambrona Bardají, M.<sup>a</sup> D. y Hernández Gil, F. (1999). *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid: Ceura.
- Díez-Picazo Giménez, G. (Dir.). (2012). *El Derecho de Familia*. Pamplona: Thomson-Reuters Civitas.
- Fernández de Buján y Fernández, A. (2016). La nueva concepción de la Jurisdicción Voluntaria en la Ley 15/2015. En *Nuevos modelos de gestión del Derecho Privado: Jurisdicción Voluntaria*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- García Amado, J. A. (2016). *La familia y su Derecho*. Diálogos jurídicos-Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, 1. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- González Poveda, P. (2008). *Jurisdicción voluntaria*. Pamplona: Aranzadi.
- González Pozo, J. P. del (2016). Los expedientes de Jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (I). *Revista de Derecho de Familia*, 46.
- Guzmán Fluja, V. C. (2003). Jurisdicción Voluntaria y Secretarios judiciales. *Estudios jurídicos, III*. Cuerpo de Secretarios Judiciales, CEJAJ, Ministerio de Justicia.
- Iglesia Monje, I. de la (2014). Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 745.
- Iglesia Monje, I. de la (9 de octubre de 2014). Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. *Diario La Ley*, 8395.
- López Jiménez, J. M.<sup>a</sup> (7 de julio de 2009). Algún criterio para mitigar la hiperabundancia normativa: STS (Sala Primera) de 23 de febrero de 2009. *Diario La Ley*, 7212.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (1996). *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*. Madrid: Rialp.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (2005). Nuevas perspectivas sobre el Derecho de Familia: perplejidades, claves y paradojas. En *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (2007). El nuevo matrimonio civil. En *Novedades legislativas en materia matrimonial*. Estudios de Derecho Judicial, 130. Madrid: CGPJ.
- Meil, G. A. (2004). La familia española en el contexto de la Unión Europea. *Arbor*, CLXXVIII(792).
- O'Callaghan Muñoz, X. (2003). Panorámica de la incidencia de la Constitución Española en el Derecho Privado. En *Constitución y relaciones privadas*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ.
- Prieto de los Mozos, J. L. (1998). La Constitución y el Derecho Civil. En *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*. Madrid: INAP.
- Ramón Fors, I. de (8 de abril de 2009). Sobre la necesidad de perfeccionar el Ordenamiento jurídico. *Diario La Ley*, 7152.
- Roca Trías, E. (1999). Familia y cambio social. De la «casa» a la persona. *Cuadernos Civitas*.



Roca Trías, E. (2014). *Libertad y familia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2006). La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el Derecho español. En *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ.

Tenorio Sánchez, P. (2012). Constitución y familia. Tratamiento constitucional de la familia. En *El valor de la educación. (Liber amicorum)*. Madrid: Universitas.

Vegas Torres, J. (2016). Competencia y procedimiento de los expedientes de Juris-

dicción voluntaria. En *Nuevos modelos de gestión del Derecho Privado: Jurisdicción voluntaria*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Verdera Izquierdo, B. (2017). El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores. En *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Xiol Ríos, J. A. (2011). El diálogo de los Tribunales. *Revista del Poder Judicial*. CGPJ, 90.



# Los servicios de dirimencias como instrumento de resolución de conflictos interbancarios

**Marta Horcajo León**

*Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas.  
Universidad de Burgos*

## Extracto

El presente trabajo analiza los servicios de dirimencias creados entre las entidades de crédito residentes en España, para la resolución de los conflictos surgidos entre ellas. Para ello, se ha efectuado en primer lugar un estudio de los elementos fundamentales del arbitraje y su regulación legal, para encuadrar dichos organismos de resolución de controversias habidos en el marco de la Asociación Española de Banca, la Confederación Española de Cajas de Ahorro y la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito, como arbitrajes interbancarios, y su adecuación o no a la vigente Ley de Arbitraje. La particularidad de este estudio recae en el desconocimiento para la gran mayoría de los juristas de la existencia de dichos servicios, debido a la falta de una regulación legal, y a la no publicación de sus laudos. Para las entidades de crédito que operan en España es necesario suscribir los convenios de adhesión a dichos servicios, para poder actuar dentro del Sistema Nacional de Compensación Electrónica como imperativo legal, obligándose a cumplir los laudos para no ser expulsados del mismo, lo que lleva finalmente a calificar la actuación de dichos servicios de dirimencias como un arbitraje de derecho, institucional, técnico, irritual y forzoso.

**Palabras clave:** entidades de crédito; arbitraje interbancario; servicio de dirimencias.

Fecha de entrada: 18-12-2019 / Fecha de aceptación: 27-01-2020

**Cómo citar:** Horcajo León, M. (2020). Los servicios de dirimencias como instrumento de resolución de conflictos interbancarios. *Revista CEFLegal*, 233, 39-70.





# The inter-bank dispute services as an instrument for resolution of conflicts

Marta Horcajo León

## Abstract

This paper analyzes the inter-bank dispute services created by the credit institutions based in Spain for the resolution of conflicts among them. To this purpose, the first thing to be studied have been the elements of arbitration and its legal regulation, in order to frame these dispute resolution organizations within the Spanish Banking Association, the Spanish Confederation of Savings Banks and the National Union of Credit Cooperatives framework, all of them could be classified as interbank arbitrations, and whether or not they comply with the current Arbitration Law. In particular, this research is based on the fact that the vast majority of jurists are unaware of the existence of these services, due to the lack of legal regulation and the non-publication of their rulings. For credit institutions operating in Spain, it is compulsory to subscribe the accession agreements to said services, in order to be able to perform within the National Electronic Compensation System as a legal imperative, and also to comply with their rulings so as not to be expelled from it. Due to all the above, the performance of these inter-bank dispute services has been described as an arbitration of law as well as being institutional, technical, irritual and compulsory.

**Keywords:** credit institutions; interbank arbitration; inter-bank dispute services.

**Citation:** Horcajo León, M. (2020). Los servicios de dirimencias como instrumento de resolución de conflictos interbancarios. *Revista CEFLegal*, 233, 39-70.





## Sumario

1. Introducción
  2. El arbitraje: nociones generales y régimen legal
  3. El arbitraje en derecho bancario
  4. El servicio para dirimir cuestiones entre bancos (DIRIBAN)
  5. El comité para dirimir incidencias entre cajas de ahorros (INTERCAJAS)
  6. El servicio para dirimir incidencias entre cooperativas de crédito y cajas rurales (DIRICOOP)
  7. El servicio para dirimir incidencias entre bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito (SERDI)
  8. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



## 1. Introducción

Este estudio constituye uno de los trabajos fin de grado (TFG) que tuve que realizar para obtener el Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas, en la Facultad de Derecho de Burgos, y que defendí ante el tribunal en julio de 2019.

Sin duda, es un tema singular para un TFG. Puede llamar la atención que una alumna de grado elija como materia para el trabajo final de sus estudios este tema, que resulta en verdad desconocido para la gran mayoría de juristas.

Pero tiene una sencilla explicación. Mi difunto abuelo Clemente Horcajo Pérez, que fue director de la Caja de Ahorros del Círculo Católico de Burgos y organizador de las convenciones de letrados de las cajas de ahorro, ostentó durante muchos años la presidencia del Servicio de Dirimencias entre Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito (SERDI) en el ámbito de la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA), estudiando ponencias de laudos que proponer al comité, que resolvieron conflictos planteados entre entidades de crédito, por lo que el presente trabajo constituye sin duda un pequeño recuerdo u homenaje a su labor desarrollada en el SERDI.

Tan pronto como me adentré en el tema, me di cuenta de las grandes dificultades con las que me iba a encontrar. Los servicios de dirimencias entre las entidades de crédito residentes en España son instituciones que solo son conocidas en el marco de la Asociación Española de Banca (AEB), la CECA y la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC); en el que no hay legislación en la que apoyarme; en el que no existe jurisprudencia que analizar para conocimiento del público en general, pues tampoco permiten la publicación de sus laudos más allá del conocimiento que de los mismos tengan las propias entidades.

Pero gracias a la información facilitada por las asesorías jurídicas de la AEB, la CECA y la UNACC, pude recabar los datos necesarios para su elaboración, y a las que agradezco muy sinceramente su ayuda.

En la confección de este trabajo, primero voy a recoger algunos de los elementos fundamentales del arbitraje y su regulación legal, con el fin de examinar y poder comprender después los distintos servicios de dirimencias, que voy a analizar como sistemas de resolución de conflictos interbancarios, y su adecuación o no a la Ley de Arbitraje.

## 2. El arbitraje: nociones generales y régimen legal

El arbitraje es una institución jurídica que faculta a los ciudadanos que tienen un conflicto en materias sobre las que tienen libertad de disposición a acudir a un tercero distinto de los órganos jurisdiccionales estatales, para que este resuelva su conflicto.

Su fundamento radica en la naturaleza privada de la disputa que, unas veces por su gran dificultad técnica y otras por su escasa cuantía, exige una rápida resolución de la misma, para lo que hace oportuno el nombramiento de un tercero –árbitro– designado por las partes para resolver su controversia, como una solución alternativa, más ágil, rápida, eficaz y económica.

Tanto la *jurisdicción* como el *arbitraje* son métodos heterocompositivos de solución de conflictos, que se tramitan ambos en un procedimiento basado en principios de igualdad, audiencia y contradicción, y que concluyen con una resolución de un tercero, obligatoria para las partes, con eficacia de cosa juzgada formal y material.

Sin embargo, pueden ser algunas notas diferenciadoras del arbitraje, como método alternativo para resolución de conflictos respecto de la jurisdicción, las siguientes:

- En el arbitraje se requiere una *sumisión voluntaria* por ambas partes en conflicto; es decir, las partes manifiestan expresamente su voluntad de acudir a un tercero que resuelva su conflicto, lo que evidentemente no ocurre en el ámbito judicial.
- La controversia objeto de resolución arbitral debe versar sobre materias de libre disposición por las partes.
- El procedimiento arbitral se caracteriza por su flexibilidad, permitiendo a las partes que acuerden muchos aspectos de la tramitación de este, mientras que el procedimiento judicial viene fijado de forma tasada por las leyes de procedimiento.
- La celeridad de la resolución arbitral del conflicto, ya que al árbitro tiene establecido un plazo máximo para dictar el laudo, lo que no ocurre en el ámbito judicial.

La regulación legal hoy vigente es la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje<sup>1</sup> (LA), que como su exposición de motivos indica, se basó en la Ley Modelo de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL)<sup>2</sup>, que según Sánchez-Pedreño Kennaird (2015, p. 4),

<sup>1</sup> Publicada en el BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, y que entró en vigor el día 26 de marzo de 2004.

<sup>2</sup> Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional 85/06: formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas

para su elaboración se tuvieron en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral, añadiendo las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional.

La vigente Ley de Arbitraje fue modificada parcialmente por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado<sup>3</sup>, con ciertas modificaciones que afectaron, por ejemplo, a los laudos arbitrales; y con novedades que surgieron, como el *arbitraje societario*.

El arbitraje se puede clasificar en función de diferentes criterios, siendo los más reseñables, respecto a la materia del presente trabajo, los siguientes:

- *Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad*: La diferencia entre ambos radica en que en el arbitraje de derecho la decisión se toma únicamente conforme a la normativa jurídica y a las disposiciones legales, mientras que en el arbitraje de equidad se resuelve según el «leal saber y entender» del árbitro y las reglas de la sana crítica.
- *Arbitraje ad hoc y arbitraje institucional*: El primero nace únicamente para la solución de una determinada controversia concreta, mientras que el segundo es aquel que las partes encomiendan a instituciones permanentes especializadas en el arbitraje, con su propio procedimiento y reglas preestablecidos. La Ley de Arbitraje nos indica que muchas de ellas son entidades, asociaciones o corporaciones de derecho público que asumen funciones arbitrales (p. ej. entidades públicas, juntas arbitrales de consumo o los servicios de dirimencias interbancarios, objeto de nuestro trabajo).
- *Arbitraje nacional o interno y arbitraje internacional*: La diferencia principal radica en la localización en la que se dicta el laudo, por ello, será internacional si el laudo es dictado fuera de España (art. 46 LA); y será interno o nacional cuando el laudo se adopta en territorio nacional.
- *Arbitraje ritual (formal) e irritual (informal)* (Aguirre Montenegro, 1 de enero de 2008): El primero se sujeta a las prescripciones de la Ley de Arbitraje, mientras que el segundo se lleva a cabo sin ajustarse a ella. En ese sentido la vigente Ley de Arbitraje señala en su artículo 3, que:
  1. El arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley.
  2. Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expre-

---

de comercio internacional. Con el objetivo de incrementar estas oportunidades en todo el mundo, la CNUDMI formula normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales.

<sup>3</sup> Publicada en el BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011, pp. 50797 a 50804.

sa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato.

- *Arbitraje técnico y no técnico* (Fouchard, 1965, p. X-611): Atiende no a si el árbitro es conecedor o no del derecho, sino a su grado de preparación y especialización de la materia sometida a la decisión arbitral.
- *Arbitraje voluntario y arbitraje forzoso*: En función de si se acude al arbitraje como medio de solución de controversias por voluntad de las partes en conflicto o si se acude al arbitraje por una obligación impuesta por ley o por convenio, debido al tipo de materia discutida<sup>4</sup>.

En lo referente a los árbitros, el artículo 12 y siguientes de la Ley de Arbitraje establecen las condiciones que deben reunir los mismos. Las partes pueden elegir libremente a los árbitros, siempre que su número sea impar, y deben ser personas naturales en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, o bien encomendar la resolución de la controversia a instituciones arbitrales. Y si el arbitraje es de derecho, al menos uno de los árbitros debe tener la condición de jurista.

Respecto al procedimiento arbitral, la Ley de Arbitraje establece pocas normas para su tramitación, ya que el mismo cuenta con una gran flexibilidad en sus trámites. Las partes podrán convenir libremente el procedimiento (art. 25.1 LA), pero a falta de pacto, los árbitros fijarán el procedimiento, respetando los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes (art. 24 LA), y salvo acuerdo en contrario de estas, son los árbitros quienes deciden si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, el nombramiento de peritos, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si los trámites se sustancian solo por escrito y no de forma oral.

El procedimiento se inicia desde el llamado convenio arbitral o acuerdo de voluntades escrito, en el que las partes someten las cuestiones controvertidas que mantienen a la decisión de uno o varios árbitros. Dicho convenio tiene una trascendencia especial, e incluso ciertos autores como Cremades (1988) consideran el convenio como la *carta magna* del arbitraje, por cuanto deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje alguna o todas las controversias, tanto presentes como futuras, que mantengan en una relación jurídica contractual o extracontractual entre ambas (art. 9.1 LA).

---

<sup>4</sup> Aunque habitualmente el sometimiento de la controversia a arbitraje es voluntario, existen ciertos arbitrajes que pueden tener un carácter obligatorio. Esta obligatoriedad puede venir impuesta por la ley (*arbitraje forzoso-legal*), como ocurre, por ejemplo, en Chile, Argentina, Bolivia y Costa Rica, donde se establece que una liquidación conyugal o de una sociedad debe resolverse obligatoriamente por árbitros. O puede venir también impuesta por convenio privado (*arbitraje forzoso-convencional*), incluso con la mera petición de una de las partes en conflicto.

La regla general es que los árbitros deciden en Derecho, y solo resolverán en equidad si las partes les han autorizado expresamente (art. 34.1 LA). El plazo para dictar el laudo será de 6 meses siguientes a la presentación de la contestación a la demanda, pudiéndose prorrogar hasta dos meses (art. 37.2 LA), y será siempre motivado (art. 37.4 LA), pudiendo ser protocolizado notarialmente (art. 37.8 LA), teniendo plenos efectos de cosa juzgada formal y material, igual que una sentencia judicial (art. 43 LA).

Frente al laudo solo podrá ejercitarse la acción de anulación por los motivos expresados en el artículo 41 de la LA, ante la Sala 1.<sup>a</sup> de lo Civil y Penal de los tribunales superiores de justicia.

Por último, y en caso de incumplimiento del laudo, podrá ejecutarse ante el juzgado de primera instancia del lugar del arbitraje, al constituir un título de los que llevan aparejada ejecución del artículo 517.2.2.º de la LEC.

### 3. El arbitraje en derecho bancario

Sin duda, la figura del arbitraje se puede extender a múltiples campos de la práctica bancaria, pues son muchas y de muy diversa naturaleza las materias dispositivas en las que intervienen las entidades de crédito, en las cuales puede ser útil el arbitraje para la solución de las diferencias que puedan tener con sus clientes, ya sean individuales o empresas, o con otras entidades crediticias.

Son muchas las razones que nos llevan a defender la figura del arbitraje en el ámbito de la práctica bancaria, y no solo por las ventajas que le son propias en cualquier ámbito (agilidad, confidencialidad, coste económico, ejecutividad del laudo, etc.), sino también por las ventajas específicas en el campo de la práctica financiera.

En primer lugar, por la complejidad de ciertas operaciones bancarias, que exigen al árbitro una formación y una experiencia ineludible. Para poder resolver algún tipo de controversias, los árbitros deben poseer conocimientos jurídicos y económicos para poder analizar la solvencia de deudores, contabilidades, criterios de administración de patrimonios, tipos de productos o inversiones complejos, cálculo de intereses, rendimientos de costes, etc.

Igualmente, la continua innovación en productos y operaciones financieras comercializadas obligan al árbitro a una formación continua capaz de analizar el nuevo producto y las circunstancias concurrentes en su comercialización.

También los árbitros deben conocer la estructura propia de las entidades de crédito; sus organismos de control reguladores y supervisores (los servicios de atención al cliente, los servicios de reclamaciones o de defensa del cliente o servicios análogos, cualquiera que sea su denominación y competencias en cada entidad); y el riesgo reputacional como

consecuencia de resoluciones derivadas de las reclamaciones ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Dirección General de Seguros. Y, por último, deben estar al día en el conocimiento de la jurisprudencia en este tipo de operaciones bancarias, últimamente susceptibles de una variación muy mediática por la incidencia de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito de los consumidores de productos bancarios.

La reforma de la Ley Concursal habida por la disposición final tercera de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje ayuda en la defensa del arbitraje, pues ya no sería una objeción la insolvencia sobrevenida del deudor como ocurría con anterioridad, que mantiene la vigencia del convenio arbitral en el concurso.

Es muy amplio el catálogo de operaciones que se pueden concertar entre las entidades de crédito y sus clientes empresas, cualquiera que sea su sector, en el que la resolución de los conflictos que se plantearan pudieran ser resueltos por la vía arbitral (los créditos sindicados, los préstamos a promotor, las cuentas de crédito, los contratos de descuento de efectos, productos de inversión complejos y de posible alta rentabilidad, etc.).

Igualmente ocurre con los conflictos que pueden surgir con los clientes personas físicas, pues se requiere otorgarles una mayor información, al ser desconocedores de las instituciones arbitrales, y de la legislación protectora que les afecta como consumidores frente a las entidades de crédito. Existen muchas situaciones en conflicto con estos clientes, para las cuales el arbitraje representaría el instrumento adecuado para su solución (cláusulas suelo, comisiones de apertura, IRPH, multivisas, intereses de demora, vencimiento anticipado, participaciones subordinadas o preferentes, etc.). En ellos se plantean cuestiones que someter al arbitraje, como son las relativas al asesoramiento, obligación precontractual de información, test de idoneidad y conveniencia, perfiles de inversor, riesgos de inversión y liquidez, etc., en las que existe además el agravante de que se puede estar ante consumidores a quienes les es de aplicación el texto refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios<sup>5</sup>, y por tanto, la posibilidad de plantear un arbitraje de consumo, como ha ocurrido en los productos financieros, con las participaciones preferentes de Caixa Galicia y Caixa Nova, arbitraje que inicialmente no estaba pactado, y que se solicitó con posterioridad al planteamiento del conflicto.

Existen, por tanto, múltiples razones que recomiendan la especialización bancaria y financiera de las instituciones arbitrales, y la ampliación de su ámbito de actuación, que complementarían y podrían reducir las reclamaciones a los organismos supervisores (defensores del cliente, Banco de España, CNMV, etc.), y sobre todo reducirían las demandas ante los tribunales de justicia, ya que en los últimos meses se ha visto obligado el Consejo

---

<sup>5</sup> 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. Publicado en el BOE, núm. 287, de 30 de noviembre.

General del Poder Judicial a crear juzgados especializados en todas las provincias, para conocer todos los pleitos derivados de conflictos de clientes consumidores con sus bancos que afectan a las condiciones generales de la contratación<sup>6</sup>, los cuales se han visto pronto inmersos en una vorágine de reclamaciones frente a las entidades bancarias.

Y, asimismo, existe otro campo de actuación arbitral en la práctica bancaria, y que es el que va a ser objeto de nuestro estudio: el arbitraje cuando el conflicto surge entre entidades financieras.

Las entidades crediticias han creado en nuestro país los siguientes organismos arbitrales para dirimir sus conflictos interbancarios:

- El servicio para dirimir cuestiones entre bancos (DIRIBAN) en el seno de la Asociación Española de Banca.
- El comité para dirimir incidencias entre cajas de ahorro (INTERCAJAS) en el seno de la Confederación Española de Cajas de Ahorro.
- El servicio para dirimir incidencias entre cooperativas de crédito (DIRICOOP) en el seno de la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito.
- El servicio para dirimir incidencias entre bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito (SERDI) en el seno de la Confederación Española de Cajas de Ahorro, y dividido en tres subcomités, según la controversia sea entre un banco con una caja de Ahorros, entre un banco con una cooperativa de crédito o entre una caja de ahorros con una cooperativa de crédito.

El criterio seguido para la creación de estos organismos ha sido la especialización bancaria y la experiencia contrastada de los árbitros que lo integran, conocedores de la normativa bancaria y de los usos bancarios, técnicos, en la aplicación de las normas emanadas del Comité Técnico Interbancario<sup>7</sup>. Asimismo, se otorgó un proceso caracterizado por su simplicidad, celeridad y gratuidad, ventajas todas ellas que no pueden predicarse de los proce-

---

<sup>6</sup> El Acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, en sesión celebrada el 25 de mayo de 2017, y publicado en el BOE de 27 de mayo de 2017, estableció que serán competentes para conocer de los asuntos relativos «a condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, a los Juzgados de 1.ª Instancia especializados, en el ámbito de la provincia».

<sup>7</sup> El Comité Técnico Interbancario fue un órgano dependiente del Consejo Superior Bancario. Fue creado en 1963 con el objetivo de unificar las reglas y los instrumentos utilizados en las operaciones bancarias, que se publicaban en circulares que se convertían en normativa aplicable en el seno de la actividad interbancaria. Desde 1971, esta normativa ha sido recopilada por el Consejo Superior Bancario en una serie de *normas y procedimientos bancarios*, actividad que hoy día, desde su supresión por la disposición adicional undécima de la Ley 3/1994 de 14 de abril, es desarrollada por la AEB.

dimientos judiciales, lentos, sin especialización en los jueces, y con una publicidad que no desean los bancos, que prefieren resolver de forma interna las incidencias surgidas entre ellos.

Las únicas referencias legales que encontramos publicadas en el BOE de estos organismos arbitrales interbancarios son circulares del Banco de España, referidas al Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE)<sup>8</sup>:

En primer lugar, la norma 15.<sup>a</sup> de la Circular del Banco de España 11/1990, de 6 de noviembre (BOE de 16 de noviembre), dirigida a las entidades miembros del SNCE sobre provisión de insolvencias, establece las condiciones generales de participación en el Sistema Nacional de Intercambio, e indica que:

Toda Entidad miembro del SNCE que desee participar en este Subsistema enviará su solicitud al Banco de España, la cual se tramitará de conformidad con el procedimiento establecido en la norma decimoséptima, debiendo hacer constar en ella el compromiso expreso de la Entidad de satisfacer las siguientes condiciones:

[...]

3. Pertenecer a los Órganos de dirimencias (DIRIBAN, INTERCAJAS, DIRICOOP y SERDI), según corresponda.

Asimismo, la norma 7.<sup>a</sup>, punto 6.<sup>o</sup>, de la Circular del Banco de España 5/1991, de 26 de julio (BOE de 10 de agosto), dirigida a las entidades miembros del SNCE sobre perfeccionamiento y desarrollo del mismo, establece cómo se resolverán las incidencias dentro del SNCE:

6. Resolución de incidencias entre entidades:

Las incidencias entre entidades se resolverán según las reglas fijadas en la norma 23.<sup>a</sup> del Reglamento del SNCE. Los órganos para dirimir incidencias son:

---

<sup>8</sup> El Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE) fue creado por el Real Decreto 1369/1987, de 18 de septiembre, con el propósito de llevar a cabo la compensación de documentos, instrumentos de pago y transferencias de fondos que, mediante sistemas y procedimientos electrónicos, presenten al mismo las entidades miembros. Inicialmente, la gestión y administración del SNCE estuvo encomendada al Banco de España. Posteriormente, mediante la reforma de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, llevada a cabo por la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, la gestión del SNCE ha pasado a ser asumida por la Sociedad Española de Sistemas de Pago (Iberpay).

Como consecuencia de esta reforma, el SNCE es uno de los sistemas de pagos españoles reconocidos a los efectos de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores. El SNCE, de acuerdo con lo indicado en el Real Decreto 1369/1987, de 18 de septiembre, es el marco general de actuación a través del cual se llevan a cabo, mediante sistemas y procedimientos electrónicos, el intercambio, la compensación y liquidación de operaciones, según el esquema operativo y funcional descrito en el Reglamento del SNCE (BOE de 16 de julio de 2018).

Servicio para dirimir cuestiones entre Bancos (DIRIBAN).

Comité para dirimir incidencias entre Cajas de Ahorro (INTERCAJAS).

Servicio para dirimir incidencias entre Cooperativas de Crédito (DIRICOOP).

Servicio para dirimir incidencias entre Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito (SERDI).

La misma redacción tiene la norma 10.<sup>a</sup>, de la Circular del Banco de España 8/1996, de 27 de septiembre (BOE 11 de octubre), para la resolución de incidencias entre entidades sobre adeudos por domiciliaciones.

Y de igual forma, la norma 8.<sup>a</sup> de la Circular núm. 1/1998 de 27 de enero, del Banco de España (BOE de 11 de febrero), sobre el Sistema Nacional de Intercambios, Subsistema General de Efectos de Comercio, estableció:

Toda entidad miembro del SNCE que desee participar en este Subsistema enviará su solicitud al Banco de España, la cual se tramitará de conformidad con el procedimiento establecido en la normativa vigente, debiendo hacer constar en ella el compromiso expreso de la entidad de satisfacer las siguientes condiciones:

[...]

1. Pertenecer a los Órganos de dirimir incidencias (DIRIBAN, INTERCAJAS, DIRICOOP y SERDI), según corresponda, a través de los cuales se resolverán las incidencias conforme a las reglas fijadas en la norma 23.<sup>a</sup> del Reglamento del SNCE.

Veamos cuál fue la constitución, régimen legal y desarrollo de cada uno de estos servicios de dirimencias interbancarios.

## 4. El servicio para dirimir cuestiones entre bancos (DIRIBAN)

El DIRIBAN fue el primero que se constituyó, en 1962, dentro del Consejo Superior Bancario, organismo a quien se encargó la tarea de resolver los conflictos que surgieran entre los bancos, hasta su supresión por la Ley 3/1994, de 14 de abril, acometiendo sus funciones la AEB, que es quien mantiene hoy día esta tarea arbitral interbancaria.

El origen para la constitución del DIRIBAN estuvo en la petición de dos entidades bancarias que solicitaron la intervención del Consejo Superior Bancario para la resolución de un conflicto que mantenían entre ellas, de una manera definitiva y firme, rechazando otros métodos para la resolución de su controversia.

Con esa petición al Consejo Superior Bancario dejaban constancia del fracaso de métodos autocompositivos, y de la poca confianza que inspiraban las resoluciones jurisdiccionales ajenas de la práctica bancaria, buscando por ello un arbitraje institucional.

Pero lejos de rechazar la propuesta de su designación como institución arbitral de resolución de controversias interbancarias, el Consejo Superior Bancario no solo aceptó su designación arbitral, sino que para resolver otras posibles contiendas que surgieran en el futuro entre sus miembros creó el servicio para dirimir cuestiones entre bancos, que fue conocido como DIRIBAN.

La idea que llevó al Consejo Superior Bancario a crear el DIRIBAN, como primer servicio arbitral interbancario, fue que de alguna manera los conflictos entre sus entidades asociadas fueran ordenados, tramitados y resueltos preeminentemente por la vía de arbitraje sin tener que acudir a la vía judicial, lo que representaba muchas ventajas para las entidades en conflicto. La más importante entre ellas era la especialización de los árbitros nombrados, de una forma u otra inmersos en el ámbito de la práctica bancaria diaria y conocedores de los usos bancarios, como letrados o juristas de entidades asociadas al Consejo Superior Bancario. A lo que había que añadir otras ventajas propias, como la rapidez y un plazo máximo para la resolución del conflicto, la gratuidad del servicio arbitral, la falta de publicidad de la controversia interbancaria, la firmeza del laudo con su compromiso a su cumplimiento voluntario, la ausencia de recurso, etc.

Por todo ello, se publicó en marzo de 1962 la Circular núm. 844 del Consejo Superior Bancario, creando este primer servicio para resolver controversias entre entidades bancarias asociadas, de carácter gratuito y voluntario, y que intervendría por mutuo consenso de las partes.

Sin embargo, a pesar de que el Consejo Superior Bancario desde un principio ya manifestó que dicho arbitraje requerido era más simple, libre e informal que el previsto en el artículo 3.2.º de la antigua Ley de Arbitrajes Privados de 1953, fue objeto de diversas polémicas doctrinales acerca de su naturaleza arbitral o no, hasta que fue reconocido por la Sentencia de 29 de marzo de 1969 del Tribunal Supremo<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> La Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1969 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadí de 1969, tomo I, Resolución n.º 1654), manifestó lo siguiente en su segundo Considerando:

Frente a lo dispuesto con carácter general en los arts. 1114, 1254 y 1258 del C. Civ., el precepto especial y posterior contenido en el párrafo 2.º, del art. 3.º de la citada L. de 22 diciembre 1953 establece, respecto del llamado arbitraje libre, irritual o impropio, que cuando, en forma distinta a la regulada en dicha Ley, dos o más personas hubieren pactado la intervención dirimente de un tercero, solo en el caso de que también hubieran aceptado expresa o tácitamente su decisión después de emitida, factor que aquí no concurre, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes, sin que a ello puedan oponerse lo preceptuado en el párrafo 2.º del art. 1598 del C. Civ., dado que esta norma no es directamente aplicable al caso litigioso, ni la misma prevé un supuesto de arbitraje impropio o informal, sino más bien una de las hipótesis de arbitrio de un tercero en la fase de consumación del contrato de arrendamiento de obra.

Tan pronto como surgiera un conflicto entre entidades bancarias asociadas al Consejo Superior Bancario, cualquiera de ellas individualmente, o de forma plurilateral, podría plantear la controversia ante el DIRIBAN, en todo caso manifestando ambas de forma expresa su deseo de que el conflicto sea tramitado y resuelto por medio de un laudo.

En la Circular 844 de este se establecieron las materias que pueden ser objeto de arbitraje, provenientes de las discrepancias entre bancos como consecuencia de la actividad bancaria, y dejando al margen de su actuación las controversias que deriven de las relaciones entre los bancos con sus clientes particulares o empresas.

Por tanto, son siempre partes litigantes del procedimiento arbitral ante el DIRIBAN, legitimadas para la reclamación de la actuación arbitral, tanto activa como pasivamente, las entidades bancarias asociadas que se encuentren en conflicto y que desean que el mismo sea resuelto en el seno del Consejo Superior Bancario.

El procedimiento seguido en el funcionamiento del DIRIBAN ha ido evolucionando a lo largo de los años, presentando reseñables diferencias desde su origen.

Inicialmente, el procedimiento arbitral comenzaba con la solicitud por parte de los bancos en conflicto, pidiendo la intervención del DIRIBAN para la resolución de sus controversias, y manifestando expresamente su compromiso de cumplimiento voluntario del futuro laudo.

A partir del momento en que la secretaría del Consejo Superior Bancario aceptaba la designación del DIRIBAN y se lo manifestaba a los interesados, se iniciaba el procedimiento, otorgándoles plazo común para presentar escrito de alegaciones y la documentación que estimen pertinente, Dando así traslado a las partes para que puedan optar por presentar impugnaciones.

Presentados todos los escritos anteriores, la secretaría del consejo remitía todas las actuaciones al DIRIBAN, que, tras estudiar el asunto, podría solicitar a las partes interesadas todas las aclaraciones necesarias para entender el conflicto.

Y con todo ello, dentro de los miembros del DIRIBAN se designaba un ponente que sometía a los demás una propuesta de laudo, que, tras ser aprobado, lo redactaba y remitía al Consejo Superior Bancario para su revisión, siendo el consejo quien emitía el laudo, notificándoselo a su vez a las partes, que se veían obligadas al cumplimiento voluntario del mismo, y sin que en ningún caso existiera la posibilidad de recurrir el laudo a ninguna instancia.

De esta tramitación inicial del arbitraje, surgió la polémica que se planteó de inicio, sobre la naturaleza del DIRIBAN, puesto que al no resolver el conflicto directamente y limitarse a proponer un laudo al Consejo Superior Bancario, se podía entender más como un organismo consultivo que un órgano resolutorio de controversias, por mucho que pudiera vincular o que la propuesta del DIRIBAN se tuviera en mucha consideración por el consejo.

Por tanto, se trataba de un arbitraje antiformalista, sin rígidos tramites procedimentales, y que se desarrollaba con celeridad, al no ser necesarios trámites de audiencia pública por el uso exclusivo de la escritura.

Posteriormente, en el año 1977, y ante la escasa demanda de los bancos en la utilización de este servicio de dirimencias, el pleno del Consejo Superior Bancario decidió reformar los principios de actuación del DIRIBAN.

Por ello, el 26 de mayo de 1977 se modificaron los principios que inspiraban el DIRIBAN a través de dos Circulares: 33/77 y 34/77, que derogaron la anterior Circular núm. 844.

La principal novedad fue que el DIRIBAN pasó a ser el organismo que dictaba el laudo arbitral solicitado por las entidades bancarias en conflicto, y ello por delegación expresa del pleno del Consejo Superior Bancario.

Y asimismo se modificó la determinación de los miembros que integraban el DIRIBAN, que pasó a estar integrado por un director, un secretario general, un letrado del Consejo Superior Bancario con funciones de secretario y representantes de la mayor parte de los bancos españoles, que normalmente eran miembros de sus servicios jurídicos, cuyo número se ha ido reduciendo drásticamente en los últimos años como consecuencia de las distintas fusiones de entidades bancarias.

Pero, procesalmente, la modificación más relevante introducida por reseñadas circulares fue el diferente inicio del procedimiento. Así, la solicitud de intervención del DIRIBAN viene dada gracias a la creación de un convenio previo suscrito por los bancos, sometiendo a este servicio la resolución de las discrepancias interbancarias que pudieran surgir. Con la suscripción del convenio, los bancos están dando conformidad a que, en caso de controversia entre ellos, sea suficiente con la mera petición de uno de ellos para dar intervención al DIRIBAN.

Dicho convenio genérico de sumisión fue aprobado de forma unánime por el pleno del Consejo Superior Bancario, quien recomendó su adhesión a todos los bancos, no solo españoles, sino incluso a los bancos extranjeros con sucursales operantes en España.

Desde 1977 hasta hoy día, se han venido adhiriendo a dicho convenio las distintas entidades bancarias, firmando a través de sus apoderados el original del convenio que obraba en el domicilio social del Consejo Superior Bancario, entrando en vigor de forma sucesiva para los bancos firmantes tan pronto se adherían al mismo.

El convenio de adhesión al DIRIBAN tiene una duración ilimitada. Sin embargo, existen dos causas de extinción de sus efectos: la denuncia y la exclusión.

A través de la *denuncia* del convenio dirigida al director del consejo, un banco adherido al mismo puede unilateralmente separarse y desvincularse del convenio, sin perjuicio de mantener los asuntos que tenga pendientes de resolución arbitral, hasta su finalización. Esa denuncia se comunica a los demás miembros firmantes, para su conocimiento y efectos.

Y con la *exclusión*, el pleno del Consejo Superior Bancario decide separar del convenio a cualquier entidad bancaria que suscribió el mismo por determinadas circunstancias, siendo la más reseñable el incumplimiento de un laudo arbitral por parte de aquella entidad que resultó condenada en el mismo.

En el primer apartado del convenio se fija su objetivo, que es requerir la intervención del DIRIBAN de forma previa y genérica, sin necesidad de pedir de forma concreta que solvente una determinada controversia. Con ello, y de una manera más sencilla, se acepta de forma previa la sumisión a dicho servicio para resolver todas las discrepancias que se produzcan entre las entidades de crédito inscritas en el Registro de Bancos y Banqueros del Banco de España que firmen el convenio.

De esta manera se afianzó y confirmó la función del DIRIBAN para la resolución de todas aquellas controversias que surjan en un futuro entre los bancos firmantes con motivo de operaciones interbancarias.

Este sometimiento arbitral para futuras controversias es calificado como *arbitraje forzoso-convenicional*, por la obligación que surge con la firma del convenio de que la contienda bancaria *interpartes* sea sometida a arbitraje.

La competencia del DIRIBAN no ha sufrido variación. Únicamente se añade la prohibición de someter al mismo las controversias de las que ya estén conociendo los tribunales de justicia. Lo cual es cuestionable, puesto que en aplicación del principio dispositivo, siempre pueden las partes de mutuo acuerdo dar por terminado el proceso civil, y someter su controversia a mediación o a arbitraje, y, por tanto, también al DIRIBAN.

Respecto al procedimiento, el mismo se inicia por la petición de cualquiera de los bancos firmantes del convenio, a través de un escrito en el que concreta la cuestión controvertida, las partes en conflicto, con las alegaciones, pruebas y documentos que estime pertinentes. De dicha solicitud inicial se comunica su aceptación al banco demandante, y se da traslado a la otra entidad bancaria para que pueda contestar.

Pero las modificaciones más reseñables que se han producido en el procedimiento por estas circulares 33 y 34 de 1977 en el procedimiento, podemos indicar que son las siguientes:

La primera modificación sustancial estuvo relacionada con la posibilidad del DIRIBAN de rechazar de oficio el conocimiento para conocer de un conflicto entre bancos<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> En uso de esta facultad, el DIRIBAN se declaró incompetente en un conflicto planteado por dos entidades de crédito sobre una concreta operación bancaria efectuada en el extranjero (Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, 6 de marzo de 2000, p. 3).

Asimismo, se permite al DIRIBAN pedir asesoramiento al Comité Técnico Interbancario, o a cualquier otro organismo, o a un perito, para una mejor resolución del conflicto.

Otra novedad importante de trámite fue en el momento de la deliberación, votación y fallo del laudo. La designación del ponente se lleva a cabo por turno de los vocales, el cual propone un laudo provisional, que es aprobado por mayoría de votos, debiéndose abstener aquellos componentes del DIRIBAN que pertenecieran a cualquiera de los bancos implicados.

Por último, el laudo se dicta por el DIRIBAN y no por el Consejo Superior Bancario, con efectos similares a la cosa juzgada, con posibilidad de aclaración, que el secretario notifica a las partes, y si fuera de notoria importancia, podría difundirse a toda la banca a través del consejo.

En la actualidad, están adheridos al convenio del DIRIBAN un total de 58 bancos<sup>11</sup>, que prácticamente son todos los miembros de la AEB que desarrollan actividades de banca al por menor, cuyo número se ha ido reduciendo como consecuencia del proceso de concentración bancaria de los últimos años.

Desde su creación, el DIRIBAN ha conocido y resuelto un total de 1.078 controversias entre bancos miembros del Consejo Superior Bancario, en primer término, y después de la AEB.

Sin embargo, el número de asuntos que se le han sometido a dirimencia en los últimos años ha ido disminuyendo, tanto por la reducción del número de entidades, como por conocer las entidades algunos criterios ya aplicados por el DIRIBAN en otros laudos anteriores, lo que ha supuesto que no se presenten incidencias que serían resueltas desfavorablemente de acuerdo con los mismos. De hecho, hasta el año 2000 se habían presentado 885 incidencias al DIRIBAN, y en los últimos 18 años tan solo han sido 193 las dirimencias resueltas.

---

<sup>11</sup> Los 58 bancos adheridos al convenio del DIRIBAN, a fecha 5 de julio de 2018, son los siguientes: A&G, Allfunds Bank, Andbank España, Andbank Luxembourg, Aresbank, Attijariwafa Bank Europe, Banca March, Banca Popolare Etica, Banca Pueyo, Banco Alcalá, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Banco Caixa Geral, Banco Caminos, Banco Cooperativo Español, Banco de Crédito Social Cooperativo, Banco de Depósitos, Banco de España, Banco Mediolanum, Banco de Sabadell, Banco do Brasil, Novo Banco, Abanca Corporación Bancaria, Banco Europeo de Finanzas, Banco Industrial de Bilbao, Banco Occidental, Banco Pastor, Banco Popular Español, Banco de Santander, Bancofar, Bank of América Merrill Lynch, Bankinter, Bankoia, Bmc International, Barclays Bank PLC, BNP Paribas España, BNP Paribas Securities Services Sucursal en España, Caisse Regionale de Credit Agricole Mutuel Sud Mediterranee, Citibank España, Commerzbank A.G., Credit Suisse Sucursal en España, Deutsche Bank SAE, Deutsche Bank AG, EBN Banco de Negocios, EVO Banco, HSBC Bank PAL, Industrial and Commercial Bank of China (Europe), ING Bank, Nuevo Micro Bank, Open Bank, Popular Banca Privada, Portigon AG, Bank Degroof Petercam Spain, Santander Investment, Self Trade Bank, Societe Generale, Sucursal en España, MUFG Bank (Europe), Triodos Bank y Volkswagen Bank GMBH.

## 5. El comité para dirimir incidencias entre cajas de ahorros (INTERCAJAS)

Ante las indudables ventajas que representó para los bancos el poder resolver las controversias entre ellos a través del DIRIBAN, a propuesta de la Comisión de Organización, Automatización y Servicios, el consejo de administración de la CECA, en su sesión de 26 de enero de 1983, acordó la creación en el seno de la CECA del órgano denominado Comité de Dirimencias Intercajas, con sede en el domicilio social de la propia confederación, para resolver las discrepancias que entre las cajas de ahorros que se susciten en el desarrollo de su operatoria financiera y crediticia.

La experiencia obtenida durante el primer período bienal de funcionamiento del comité aconsejó la conveniencia de introducir algunas modificaciones en sus normas de actuación, aprobándose el Reglamento del Comité de Dirimencias, en la sesión del consejo de administración de la CECA de 22 de mayo de 1985.

El comité intervenía a solicitud de la confederación o de alguna de las cajas, que, implicadas en una controversia, hubieran suscrito el correspondiente protocolo de adhesión al Comité de Dirimencias Intercajas, que actuaba con absoluta independencia.

Este servicio de dirimencias intercajas tenía por objeto la resolución de conflictos y discrepancias que se suscitaban entre dos o más cajas de ahorros, o entre estas y la CECA, sobre cualquier materia relacionada con las actividades que les son propias, excluyéndose en su norma 2.<sup>a</sup> las surgidas entre las cajas y sus clientes.

En la norma 4.<sup>a</sup> se regula su composición, estando integrado por 9 miembros:

- Un presidente designado por el consejo de administración de la CECA, entre los presidentes y directores generales de cajas de ahorros, sin estar sometido a plazo, pero pudiendo ser sustituido en cualquier momento.
- Cuatro miembros designados mediante sorteo por las cajas de ahorros por períodos bianuales, según un sistema rotativo por grupos en función del volumen de recursos ajenos de cada entidad, uno por cada uno de los cuatro grupos. En la disposición adicional del reglamento y su anexo se hacen constar los distintos grupos de entidades, con esta finalidad rotatoria automática<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Según la disposición adicional del reglamento, el procedimiento para la elección de los miembros del comité en representación de las 80 cajas de ahorros habidas, se hará por criterios de dimensionamiento de las entidades, de la siguiente forma: en primer lugar las cajas se ordenarán por volumen de recursos ajenos, de mayor a menor, en 4 grupos de 20 entidades cada uno, constituyéndose el primer comité

- Otros cuatro miembros, letrados de los servicios jurídicos de las cajas de ahorros, designados también sin plazo por el consejo de administración de la CECA, y que pueden ser cambiados en cualquier momento.

Existía un secretario del comité, que intervenía en todas las actuaciones, con voz pero sin voto, elegido sin plazo y con libertad de renovación por la dirección general de la CECA. Y por mayoría absoluta, los miembros del comité elegían entre ellos un vicepresidente.

Si alguno de los miembros del comité fuera una de las partes implicadas en la controversia, sería sustituido por otros miembros designados previamente como suplentes dentro de los del propio grupo.

Esta configuración del comité respondía a una serie de criterios básicos para facilitar su operatividad. Así, la participación rotativa de todas las cajas como miembros del mismo garantiza su independencia y contribuye a su admisibilidad como instrumento idóneo para dirimir las discrepancias entre ellas. Y su carácter de órgano permanente le otorgará la agilidad y eficacia necesarias.

---

por insaculación, una caja por cada grupo, y las renovaciones se producirán de modo automático en el siguiente y sucesivos periodos.

En el primer grupo figuran las siguientes 20 cajas de ahorros: Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares, C.A. de Madrid, C.A. de Barcelona, C.A. de Zaragoza, Aragón y Rioja, C.A. de Valencia, C.A. de Alicante y Murcia, C.A. Municipal de Bilbao, C.A. de Galicia, C.A. Vizcaína, C.A. Provincial de Guipúzcoa, C.A. de Ronda, C.A. de Asturias, C.A. Municipal de Vigo, C.A. de Navarra, C.A. del Penedés, C.A. de Granada, C.A. Municipal de San Sebastián, C.A. de Santander y Cantabria y C.A. de León.

En el segundo grupo figuran las 20 siguientes entidades: C.A. de Sabadell, C.A. de Córdoba, C.A. de Las Baleares, Caja Insular de Ahorros de Gran Canaria, Lanzarote y Fuerteventura, C.A. de Salamanca, C.A. Municipal de Burgos, C.A. de Orense, C.A. de Alicante, C.A. de Toledo, C.A. Provincial de Tarragona, C.A. La Inmaculada, C.A. de Santa Cruz de Tenerife, C.A. Provincial de San Fernando de Sevilla, C.A. de Álava, C.A. del Círculo Católico de Obreros de Burgos, C.A. de Badajoz, C.A. de Manresa, C.A. Provincial de Gerona, C.A. de Terrasa, C.A. de Plasencia.

En el tercer grupo figuran las siguientes 20 entidades: C.A. de Cuenca y Ciudad Real, C.A. de Segovia, C.A. de Córdoba, C.A. de la Ciudad de Vitoria, C.A. Layetana, C.A. de Sevilla, C.A. de Jerez, C.A. Provincial de Murcia, C. Provincial de A. de Huelva, C.A. Provincial de Albacete, C.A. de Cádiz, C. General de A. de Ávila, C.A. de Castellón, C.A. de Almería, C.A. Municipal de Pamplona, C.A. de Cáceres, C.A. Provincial de Pontevedra, C. Provincial de Pontevedra, C. Provincial de A. de La Rioja, C.A. Provincial de Valladolid y C. General de A. y Préstamos de la Provincia de Soria.

Y en el cuarto grupo se encuentran las últimas 20 entidades: C.A. Provincial de Zamora, C.A. y Préstamos de Antequera, C.A. Comarcal de Manlleu, C.A. Popular de Valladolid, C.A. de Málaga, C.A. de Torrente, C.A. de Palencia, C. Central y Préstamos de Ávila, C.A. Provincial de Guadalajara, C.A. y Socorros de Sagundo, C.A. de Ceuta, C.A. y Préstamos de Palencia, C.A. de Onteniente, C.A. Insular de la Palma, C.A. de Segorbe, C. Provincial de Granada, C. y Préstamos de Carlet, C.A. de Pollensa, C. Provincial de A. de Jaén y C. Provincial de A. de Valencia.



La sumisión a las resoluciones del comité intercajas será obligatoria para la CECA y para todas las cajas confederadas que suscriban el correspondiente convenio general, comprometiéndose a someter al comité todas las cuestiones que entre ellas se plantean relacionadas con las actividades que le son propias, sin necesidad de acuerdo mutuo de las partes en cada caso concreto, bastando la petición de cualquiera de ellas para que actúe el comité.

Igualmente, esta sumisión obligará a las partes litigantes a no plantear después procedimiento judicial sobre la misma cuestión, salvo en el caso de incumplimiento del laudo.

El incumplimiento de la obligación de sumisión, o de iniciación de proceso judicial tras el laudo, dará lugar a las sanciones pertinentes, en función de las circunstancias de cada asunto en conflicto.

La norma 9.<sup>a</sup> de este reglamento de 1985 establece las reglas generales del procedimiento a seguir para la tramitación y resolución de las cuestiones que se sometan al comité intercajas, sin perjuicio de su posible modificación por la mayoría absoluta de sus miembros, atendiendo a los hechos y circunstancias de cada caso.

El comité se podrá constituir válidamente al menos por seis miembros, entre los que debe encontrarse el presidente o vicepresidente. Para cualquier acuerdo se precisa de mayoría absoluta de sus miembros, contando siempre en caso de empate con el voto de calidad de la presidencia.

Tras recibir el comité el escrito solicitando su intervención, se procederá a su examen, para comprobar que el asunto se corresponde con una materia objeto de su competencia.

Ese escrito inicial pidiendo la intervención del comité intercajas debe estar suscrito por el director general de la caja de ahorros que solicita la intervención, y deberá adjuntarse al mismo cuantas alegaciones, pruebas y documentos se estimen pertinentes, con copia de todo ello para la otra parte.

Una vez admitido el asunto, el comité dará traslado a la otra caja de ahorros demandada en la solicitud, y la documentación de la misma, otorgando un plazo para poder formular sus alegaciones y aportar pruebas y documentos en apoyo de las mismas.

El reglamento no establece un plazo para efectuar dichas alegaciones por la entidad demandada, por lo que será el comité quien otorgará un plazo a su criterio, en función de la importancia o complejidad del asunto.

El comité podrá requerir a las partes, en cualquier momento, solicitando las aclaraciones, pruebas e informaciones complementarias que estime necesarias para el mejor entendimiento del asunto a resolver. Igualmente, el comité podrá solicitar asesoramiento técnico

de la Comisión de Organización, Automatización y Servicios de la CECA, o de cualquier otro órgano o persona experta, si le resulta necesario.

Con base en las alegaciones y pruebas presentadas por las partes, el comité dictará un laudo motivado y escrito, que habrá de dictarse en el plazo de tres meses desde la iniciación del expediente, el cual podrá ampliarse por otros dos meses más, al prudente arbitrio del comité. Incluso excepcional y justificadamente se permite una segunda prórroga de otros dos meses más, que se comunicará a las partes.

El secretario levantará acta con el laudo emitido, que se notificará a las partes con entrega de copia literal del mismo. También se dará cuenta del mismo al consejo de administración de la CECA.

La entidad que resulte condenada en el laudo debe cumplirlo voluntariamente en el plazo que se establezca en el fallo, y en su defecto en un mes desde su notificación.

Y en caso de incumplimiento, previa denuncia de la entidad perjudicada y la investigación que crea oportuna el comité, este procederá a excluir a la entidad condenada del convenio de sumisión a la competencia del comité intercajas.

Cada laudo que dicta el comité establecerá específicamente si el mismo debe comunicarse o no a las demás entidades de la CECA. En todo caso, dicha comunicación se llevará a cabo omitiendo los nombres de las entidades afectadas en conflicto.

Cuando en alguna ocasión, a juicio del comité, concurrieran circunstancias graves o reincidentes, se pondrá en conocimiento del consejo de administración de la CECA, que podrá hacer públicos los nombres y circunstancias del caso, así como las recomendaciones que estime oportunas.

Y, de igual forma, y conforme a la regla 13.<sup>a</sup> del reglamento, cualquier entidad firmante del convenio de sumisión al comité intercajas podrá denunciar el convenio mediante escrito dirigido al presidente, suscrito por el director general de la entidad denunciante. El comité comunicará esta decisión a la CECA, la cual dará publicidad de tal denuncia a todas las entidades asociadas dentro de los 10 días siguientes a recibir la denuncia, cesando para la entidad denunciante los efectos del convenio de sumisión, salvo para aquellos otros asuntos que pudieran tener aún pendientes de resolución por el convenio, que seguirá quedando vinculada al convenio hasta su conclusión.

Por tanto, y de igual manera que ocurría con el DIRIBAN, el convenio de sumisión al Comité de Dirimencias Intercajas igualmente tiene una duración ilimitada, si bien existen también dos causas de extinción de sus efectos: la *denuncia* de alguna de las cajas de ahorros para desvincularse del convenio, y la *exclusión* que la CECA acuerde de alguna entidad, caso de incumplimiento de algún laudo que la condenara.

El consejo de administración de la CECA aprobó el 10 de junio de 2009 un nuevo Reglamento del Comité de Dirimencias Intercajas, teniendo como novedades más importantes, respecto del reglamento anterior de 1985 al que deroga, las siguientes:

- El comité intervendría a solicitud de la CECA o de cualquier caja de ahorros, siempre y cuando las entidades implicadas formen parte del SNCE, sea como entidad adherida o como entidad representada (norma 2.<sup>a</sup>).
- El sometimiento a la competencia del comité sería obligatorio para la CECA y para todas las cajas confederadas, para resolver las incidencias surgidas entre cajas de ahorros, o entre estas y la confederación en el Sistema Nacional de Compensación, o en cualquier otro sistema de intercambio de operativa interbancaria, y voluntario para el resto de cuestiones que entre ellas se planteen (norma 3.<sup>a</sup>).
- El comité estará compuesto ahora por 13 miembros, de los cuales el presidente será nombrado por el consejo de CECA entre presidentes o directores generales de las cajas de ahorros. Los 12 restantes serán nombrados por el consejo de administración de CECA, por tiempo indefinido y a propuesta del comité intercajas según el volumen de recursos ajenos, debiendo existir al menos un miembro por caja de cada uno de los grupos de cajas que figuran en un anexo<sup>13</sup>, siguiendo criterios como la profesionalidad y experiencia, y deberán ser letrados de reconocido prestigio, con al menos 10 años de experiencia en la profesión, y mantener una relación profesional con la caja en cuyo nombre hayan sido elegidos.
- En cuando a las modificaciones habidas en el procedimiento, tenemos que el escrito inicial pidiendo la intervención del comité puede ser suscrito por apoderado de la caja, y no por el director general. Asimismo, se amplía de tres a cuatro meses, desde el inicio del expediente, el plazo para dictar el laudo, con las mismas prórrogas por dos meses. Se extienden los sistemas de comunicación de las

<sup>13</sup> En el anexo del Reglamento del Comité de Dirimencias Intercajas de 2009 se establece la relación de las cajas de ahorros adheridas al convenio, ordenadas con arreglo al volumen de sus recursos ajenos, en los siguientes cuatro grupos de 11 entidades cada uno:

En el primer grupo se encuentran: La Caixa, Caja Madrid, Bancaja, Caja del Mediterráneo, C.A. de Cataluña, Ibercaja, Caixa Galicia, Unicaja, Cajasol, BBK y Caja España.

En el segundo grupo se encuentran: Caja Castilla-La Mancha, Caixa Nova, C.A. de Murcia, C.A. de Guipúzcoa, C.A. de Salamanca y Soria, C.A. del Penedés, C.A. de Córdoba, Caja Navarra, Caja Asturias, C.A. General de Granada, C.A. de Tenerife y C.A. de Sabadell.

En el tercer grupo se encuentra: C.A. de Baleares, C.A. Municipal de Burgos, C.A. de Terrassa, C.A. de Santander, C.A. Inmaculada, C.A. Layetana, C.A. de Las Palmas, C.A. de Vitoria y Álava, C.A. de Tarragona, C.A. de Girona y C.A. de Extremadura.

Y en el cuarto grupo se encuentran las de un volumen menor de recursos ajenos: C.A. de Manresa, C.A. de Ávila, C.A. de Segovia, C.A. del Círculo Católico de Obreros de Burgos, C.A. de Badajoz, C.A. de La Rioja, C.A. de Manlleu, C.A. de Guadalajara, C.A. de Jaén, C.A. de Ontinyent y C.A. de Pollensa.

partes con el comité, admitiéndose el fax y el correo electrónico, sin perjuicio de su remisión paralela por carta. Se fija el mes de agosto como mes inhábil a todos los efectos.

- El incumplimiento del laudo o de las normas del SNCE podrá tener como consecuencia para la entidad su exclusión definitiva o suspensión temporal del SNCE o de alguno de sus subsistemas.
- Y, por último, en la norma 10.<sup>a</sup> se establece que los efectos del convenio de sujeción al comité intercajas cesarán automáticamente desde el momento en que una caja de ahorros deje de formar parte del SNCE.

Asimismo, dos años después, el consejo de administración de la CECA aprobó el 16 de febrero de 2011 otro nuevo Reglamento del Comité de Dirimencias Intercajas, teniendo como novedades más importantes, respecto del reglamento anterior de 2009 al que expresamente deroga, las siguientes:

- Se amplían las entidades que pueden adherirse al comité intercajas, para que además de las cajas de ahorros como tales, puedan unirse aquellos grupos de cajas de ahorros integrados por entidades de crédito que su patrimonio afecto a su actividad financiera proceda mayoritariamente de una operación previa de modificación estructural de una caja de ahorros.
- El presidente del comité será nombrado por el consejo de CECA, exigiendo que sea licenciado en Derecho con al menos 20 años de experiencia profesional, y que haya desempeñado un cargo directivo o de secretario general o jefe de asesoría jurídica de una entidad miembro durante los últimos cinco años de ejercicio profesional.
- Los 12 miembros restantes del comité se modificarán anualmente por el mismo sistema rotatorio anterior, uno por cada uno de los tres grupos de entidades ordenadas por el volumen de recursos ajenos<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> En el anexo del Reglamento del Comité de Dirimencias Intercajas de 2011, se establece la relación de las cajas de ahorros que se mantienen adheridas al convenio, ordenadas con arreglo al volumen de sus recursos ajenos, ahora en tres grupos:

En el primer grupo se encuentran: Banco Financiero y de Ahorros (Caja Madrid, Bancaja, C.A. Ávila, C.A. Segovia y C.A. La Rioja), La Caixa y Banco Base (C.A. Mediterráneo, C.A. Asturias, C.A. Castilla-La Mancha, C.A. de Santander y C.A. de Extremadura).

En el segundo grupo se encuentran: Caixa Cataluña, Banca Cívica (Caja Sol, C.A. de Navarra, C.A. General de Canarias, C.A. Municipal de Burgos), Nova Caixa Galicia y Banco Mare Nostrum (C.A. de Murcia, C.A. de Penedés, C.A. de Granada y C.A. de Baleares).

Y en el tercer grupo se encuentran: Ibercaja; Grupo BBK (BBK y Caja Sur), Caja España I.S.S., Unicaja, Unnim, Banco Grupo Caja3 (C.A. Inmaculada, Caja Círculo y C.A. Badajoz), Kutxa, Caja Vital, C.A. de Ontinyent y C.A. de Pollensa.

Igualmente, otros dos años después, el consejo de administración de la CECA aprobó el 23 de enero de 2013 otro nuevo Reglamento del Comité de Dirimencias Intercajas, actualmente en vigor, que deroga el anterior, y en cuya norma 1.<sup>a</sup> establece que podrá adherirse cualquier caja de ahorros o grupo de cajas de ahorros, de acuerdo con los estatutos de la CECA.

Hoy día, concluidos los procesos de fusiones y absorciones que en los últimos años han existido dentro de las cajas de ahorro, las entidades que están integradas en la CECA y que se encuentran adheridas al Comité de Dirimencias Intercajas son las 11 siguientes: Caixa-bank, Bankia, Ibercaja Banco, Abanca Corporación Bancaria, Kutxabank, Unicaja Banco, Liberbank, Caixa Ontineyent, Caja Sur Banco, Caixa Pollença y Cecabank.

Por ello, el reglamento de 2013 tiene que modificar los miembros que integran el comité, fijando en su norma 4.<sup>a</sup>, sin indicar su número, que cada entidad miembro podrá designar hasta tres miembros, que pasarán a integrar una lista de miembros elegible, a partir de la que se designarán los miembros que actuarán en cada reunión del comité, que tiene que estar integrado al menos por otros cuatro miembros, además del presidente o vicepresidente.

En el apartado 10 de la norma 7.<sup>a</sup> establece que todas las comunicaciones con la secretaria del comité, las partes y los miembros del comité deberán realizarse por correo electrónico.

El número de laudos dictados por este Comité de Dirimencias Intercajas ha ido descendiendo progresivamente en los últimos años. En el año 2008 dictó 8 laudos, en el año 2009 fueron 10 laudos, en el año 2011 fueron 5 laudos, en el 2015 solo 1 laudo, en el 2016 igualmente 1 laudo y en el 2019 también 1 solo laudo.

Las razones de dicho significativo descenso son varias, según fuentes de la CECA: en primer lugar, el descenso del número de entidades adheridas al comité intercajas, si bien entiendo que no debe servir de justificación, pues esas 11 entidades que lo integran hoy día son el resultado de la mayor parte de cajas de ahorros nacionales que operaban hace una década. Especialmente significativo como justificación de dicho descenso es el cambio de la operativa bancaria, ya que hoy día toda la operativa bancaria se desarrolla por medios electrónicos e informáticos, a través del SNCE, por lo que los índices de error en la operativa bancaria se han reducido a la mínima expresión, y por ende los conflictos interbancarios.

## **6. El servicio para dirimir incidencias entre cooperativas de crédito y cajas rurales (DIRICOOP)**

De conformidad con la norma 23.<sup>a</sup> de la Circular del Banco de España 8/1988, de 14 de junio, por la que se aprueba el Reglamento del SNCE, se creó en fecha 15 de octubre de

1996 el Convenio sobre creación del servicio para dirimir incidencias entre cooperativas de crédito (DIRICOOP), en el seno de la UNACC.

A través de dicho convenio, las cooperativas de crédito y cajas rurales<sup>15</sup> firmantes del mismo podrán someter de manera previa y genérica las incidencias que puedan surgir entre ellas como consecuencia de su participación en el Sistema Nacional de Intercambios, obligándose a acatar el laudo sin ulterior recurso y a no entablar proceso judicial posterior sobre dicha cuestión, salvo para exigir su cumplimiento.

A dicho compromiso de sumisión quedan vinculadas todas las cooperativas de crédito y cajas rurales que suscriban el convenio, y que hoy son todas las que pertenecen a la UNACC, pues es preceptiva su adhesión al convenio para poder operar a través del SNCE<sup>16</sup>.

El servicio para dirimir incidencias entre cooperativas de crédito está integrado por un presidente, designado por el consejo rector de la UNACC entre los presidentes y directores generales de las cajas adheridas; un vicepresidente elegido por los miembros del servicio; tres miembros designados entre cajas rurales adheridas y un miembro designado entre las cooperativas de crédito por la UNACC por períodos bienales; y un secretario, con voz pero sin voto, designado por la secretaría general de la UNACC.

Al igual que ocurre con el servicio de dirimencias intercajas, se establece un procedimiento para la elección de los miembros en representación de las entidades adheridas, fijando dos grupos de entidades adheridas, en función de su naturaleza jurídica, distinguiéndose las cajas rurales, por una parte, y las cajas no rurales, por otra, ordenándose cada grupo por volumen de recursos ajenos, y eligiendo por el orden establecido.

---

<sup>15</sup> Las cajas rurales son el conjunto más relevante dentro del cooperativismo de crédito español. Su nombre es la clave a la hora de marcar la diferencia con bancos y cajas de ahorro, ya que según el artículo 3, apartado 3, de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito, «solo las sociedades cooperativas de crédito cuyo objeto principal consista en la prestación de servicios financieros en el medio rural podrán utilizar, conjuntamente o por separado de la denominación Cooperativa de Crédito, la expresión Caja Rural».

<sup>16</sup> Las entidades integradas en la UNACC y que están hoy día adheridas al DIRICOOP son las siguientes: Caja Rural de Almedralejo, Caja Rural Central, Caja Rural de Gijón, Caja Rural de Navarra, Caja Rural de Extremadura, Caja Rural de Salamanca, Caja Rural de Soria, Caja Rural Regional, Caja Rural de Utrera, Caja Rural de Granada, Caja de Crédito de los Ingenieros, Laboral Kutxa, Caja Rural de Asturias, Caja Viva Caja Rural, Caja Rural de Jaén, Caixa Rural Galega, Caja Siete Caja Rural, Caja Rural de Teruel, Eurocaja Rural, Caja Rural de Zamora, Caja Rural de Baena, Caixa Rural de L'Alcudia, Caja Rural Nueva Carteya, Caja Rural de Cañete, Caixa Rural La Vall San Isidro, Caja Rural de Alcora, Caja Rural Nuestra Madre del Sol, Caixa Rural D'Algemesi, Caja Rural de Casas Ibáñez, Caixa Rural San José de Almassora, Caja Rural de Onda, Rural Nostra, Caixa Rural de Guissona, Caja Rural de Villamalea, Caja Rural de Albal, Caixa Rural Popular, Caixa Rural de Benicarlo, Caixa Rural Les Caves, Caixa Rural de Vinarós, Caja de Arquitectos, Caja Rural del Sur, Caja Rural de Albacete, Ciudad Real y Cuenca y Caja Rural de Aragón.

El procedimiento de resolución de la incidencia se iniciará por medio de escrito de solicitud confeccionado por apoderado o asesoría jurídica de la entidad, dirigido al presidente determinando la controversia y las entidades implicadas, con las alegaciones, documentos y pruebas pertinentes.

De ello, y tras su aceptación, se dará traslado a la otra entidad, que en el plazo que se fije contestará por escrito aportando los documentos y pruebas en los que se apoye.

Y con las aclaraciones que precisen, y con el asesoramiento de cualquier organismo o experto en la materia, los miembros del servicio dictarán por mayoría el laudo, que solo se notificará a las partes, salvo que se estime oportuno la comunicación al resto de entidades adheridas, omitiéndose el nombre de las entidades implicadas.

En caso de incumplimiento del laudo, se pondrá en conocimiento del Consejo Ejecutivo del Banco de España, y del Consejo Rector de la UNACC, que podrá excluir a la entidad del convenio, lo que representaría a su vez la expulsión del SNCE.

No se conserva en la UNACC ninguna estadística de utilización del DIRICOOP. Sin embargo, sí pueden asegurar que no ha dictado ningún laudo en los 10 últimos años.

## **7. El servicio para dirimir incidencias entre bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito (SERDI)**

Simultáneamente a la publicación del Reglamento del Comité de Dirimencias Intercajas de 22 de mayo de 1985, la Comisión de Organización, Automatización y Servicios de la CECA publicó también el Convenio sobre sumisión al servicio para dirimir incidencias entre bancos y cajas de ahorro (SERDI).

Con la adhesión a dicho convenio, los bancos y cajas de ahorro firmantes del mismo y la CECA someten de manera previa y genérica las cuestiones que entre ellos puedan suscitarse, con ocasión de operaciones típicas entre las entidades de crédito, sometidas en cualquier forma a las condiciones generales usuales, tales como transferencias, endosos, compensaciones, etc. (norma 3.<sup>ª</sup>).

La intervención del SERDI se producirá sin necesidad del consentimiento expreso y conjunto en cada caso de las entidades afectadas, bastando la simple solicitud de una de ellas, obligándose expresamente a acatar el laudo del SERDI sin ulterior recurso y a no entablar procedimiento judicial posterior alguno contra la otra parte en relación con la cuestión sometida, salvo, en su caso, para exigir su cumplimiento.

Conforme a dicho convenio de 1985, el SERDI está integrado por un presidente designado por el Banco de España entre los letrados de los servicios jurídicos de las entidades, por

cuatro miembros designados por el Consejo Superior Bancario entre letrados de los servicios jurídicos de los bancos adheridos al convenio y por otros cuatro miembros designados por la CECA entre letrados de los servicios jurídicos de las cajas de ahorro adheridas al mismo.

Las decisiones del comité se adoptan por mayoría, decidiendo en caso de empate el voto del presidente.

El procedimiento de actuación del comité es el mismo ya visto para otros servicios de dirimencias.

En caso de incumplimiento del laudo, el SERDI lo pondrá en conocimiento del Consejo Ejecutivo del Banco de España, así como del Consejo Superior Bancario (hoy la AEB) y de la CECA. El SERDI podrá excluir del convenio a la entidad que lo incumpla.

La experiencia obtenida en los años anteriores acerca del funcionamiento de los servicios para dirimir incidencias entre bancos y cajas de ahorros, así como la evolución experimentada por los órganos de representación del sector del crédito cooperativo, aconsejó una revisión del convenio del SERDI para incluir en el mismo a las cooperativas de crédito.

Por ello, los diversos órganos de gobierno de la AEB, la CECA y la UNACC acuerdan aprobar un nuevo convenio SERDI, en el que además de establecer ciertas novedades atinentes al funcionamiento y procedimiento, deciden la inclusión en el mencionado servicio arbitral a las cooperativas de crédito.

Y para ello, la CECA remitió la Circular n.º 128 de 13 de julio de 1998, a la que se adjuntó el nuevo Convenio del servicio para dirimir incidencias entre bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito (SERDI), que es el que se encuentra hoy día en vigor.

En su punto III del convenio de recogieron las *cuestiones a dirimir*, incluyendo todas las controversias que surjan entre las entidades adheridas a este convenio como consecuencia de relaciones interbancarias derivadas el ejercicio de las actividades que se relacionan en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito (adicionado por Ley 3/1994, de 14 de abril)<sup>17</sup>, con excepción de aquellas

---

<sup>17</sup> Dicho precepto 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, establecía:

Las actividades a que se refiere el artículo anterior y que se benefician de un reconocimiento mutuo dentro de la Comunidad Europea son las siguientes:

- a) Las de captación de depósitos u otros fondos reembolsables, según lo previsto en el artículo primero del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.
- b) Las de préstamo y crédito, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales.

discrepancias que, aun incluidas en la anterior definición, queden comprendidas y sujetas al resultado de un proceso ante la jurisdicción ordinaria.

Al incluir en el SERDI a las cooperativas de crédito, se hizo necesario modificar los miembros que lo integraban, que pasaron a ser 13 personas: la presidencia es otorgada a un letrado, designado por periodos bienales por el Banco de España a propuesta de las tres asociaciones signatarias del convenio (AEB, CECA y UNACC), quien no tiene derecho de voto, salvo en casos de empate, que podrá decidir el sentido del laudo; y cada asociación asimismo elegirá cuatro miembros, entre los letrados de los servicios jurídicos de sus respectivas entidades adheridas al convenio.

Otra novedad se recogió en la norma IV, apartado 8.º, en el que se indicó que en caso de incumplimiento del laudo, el SERDI lo pondrá en conocimiento del Consejo Ejecutivo del Banco de España, así como de la AEB, la CECA y la UNACC, para que puedan difundir esta información entre sus miembros, y sin perjuicio de que el SERDI pueda excluir del convenio a la entidad que lo incumpla.

La relevancia de la inclusión de las cooperativas de crédito hizo que fuese necesario recabar nuevamente la adhesión expresa de los bancos y cajas de ahorro al nuevo convenio, aceptando con ello las nuevas inclusiones.

- 
- c) Las de "factoring" con o sin recurso.
  - d) La de arrendamiento financiero.
  - e) Los servicios de pago, tal y como se definen en el artículo 1 de la Ley de servicios de pago.
  - f) La emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios, cuando esta actividad no esté recogida en el apartado e).
  - g) La concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares.
  - h) La intermediación en los mercados interbancarios.
  - i) Las operaciones por cuenta propia o de su clientela que tengan por objeto: valores negociables, instrumentos de los mercados monetarios o de cambios, instrumentos financieros a plazo, opciones y futuros financieros y permutas financieras. Para realizar las operaciones citadas las entidades de crédito comunitarias podrán ser miembros de los mercados organizados correspondientes establecidos en España, siempre que ello esté permitido por las normas reguladoras de estos.
  - j) La participación en las emisiones de valores y mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en su colocación, y aseguramiento de la suscripción de emisiones.
  - k) El asesoramiento y prestación de servicios a empresas en las siguientes materias: estructura de capital, estrategia empresarial, adquisiciones, fusiones y materias similares.
  - l) La gestión de patrimonios y asesoramiento a sus titulares.
  - ll) La actuación, por cuenta de sus titulares como depositarios de valores representados en forma de títulos, o como administradores de valores representados en anotaciones en cuenta
  - m) La realización de informes comerciales.
  - n) El alquiler de cajas fuertes.
  - ñ) La emisión de dinero electrónico.

Sin embargo, este precepto ha sido derogado por la disposición derogatoria e) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de entidades de crédito, que ha sido modificada posteriormente por Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

Posteriormente, se hizo necesario la creación, dentro del SERDI, de tres subcomités, según la controversia fuera:

- Entre un banco y una caja de ahorros.
- Entre un banco y una cooperativa de crédito.
- Entre una caja de ahorros y una cooperativa de crédito.

Según información facilitada por la CECA, el SERDI dictó 19 laudos en el año 2010, 10 laudos en el año 2011, 19 laudos en el año 2013, 11 laudos en el año 2014, 11 laudos en el año 2016 y otros 11 laudos en el año 2017, no habiendo tenido que intervenir desde entonces en ninguna otra controversia.

## 8. Conclusiones

Las entidades de crédito no utilizan la jurisdicción para resolver controversias surgidas entre ellas.

Es verdad que no existen procedimientos en los tribunales de justicia en los que las dos partes en litigio sean bancos, cajas de ahorros o cooperativas de crédito (incluidas en estas las cajas rurales).

Y la razón de ello es que las escasas contiendas que entre ellas surgen se resuelven a través de unos métodos heterocompositivos denominados de forma genérica *servicios de dirimencias*, tanto en el marco de las Asociación Española de Banca (DIRIBAN), como de la Confederación Española de Cajas de Ahorros (INTERCAJAS y SERDI), como de la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (DIRICOOP). En todo caso quedan fuera de estos servicios, de forma expresa, los conflictos que las entidades de crédito puedan tener con sus clientes, sean personas físicas o jurídicas.

Constituyen no solo una alternativa a la vía jurisdiccional, sino también una alternativa misma al arbitraje, pues dichos servicios de dirimencias no se regulan por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

En los convenios reguladores de estos servicios de dirimencias no se hace ninguna referencia a dicha Ley de Arbitraje. Pero, sin embargo, su actuación sí reúne gran parte de los requisitos del arbitraje, como método alternativo de resolución de conflictos.

Sin duda es un *arbitraje institucional*, por cuanto se encomienda la resolución del conflicto a una institución especializada en el arbitraje, con su propio procedimiento y reglas preestablecidas.

Es un *arbitraje técnico*, por cuanto los miembros que integran los distintos comités de dirimencias actúan como árbitros concededores del derecho, con un grado de preparación y especialización de la materia bancaria sometida a su decisión arbitral, y resuelven la controversia mediante la aplicación de normas emanadas del Comité Técnico Interbancario.

Es un *arbitraje irritual o impropio*, porque se lleva a cabo sin ajustarse a las prescripciones legales establecidas en la Ley de Arbitraje vigente.

Los distintos reglamentos o convenios sobre estos comités de dirimencias nada indican sobre si el conflicto debe decidirse en *derecho* o debe decidirse en *equidad*. Nada se dice en ellos de que la controversia deba resolverse conforme a normas legales o con base en el leal saber y entender o la sana crítica de los miembros del comité. Pero si aplicamos el artículo 34.1 de la vigente LA, tenemos que calificar a estos servicios de dirimencias interbancarios como un *arbitraje de derecho*, por exclusión, al no decirse nada de que tenga que ser en equidad. Lo cual está en consonancia con el nombramiento de los miembros de los distintos comités de dirimencias, ya que son letrados de los distintos servicios jurídicos de las entidades adheridas.

Y, por último, es un *arbitraje forzoso convencional o contractual*, ya que las entidades de crédito se ven compelidas a adherirse a los servicios de dirimencias, y someter sus divergencias a ellos, aunque solo sea para poder operar en el SNCE, como exigencia impuesta, según vimos, en las circulares del Banco de España 11/1990, 5/1991, 8/1996 y 1/1998.

A pesar de ese carácter forzoso, se trata de un sistema válido como procedimiento arbitral de resolución de controversias interbancarias conforme al artículo 3.2.º de la Ley de Arbitraje, por cuanto las dos partes pactan la intervención de un tercero y aceptan de forma expresa su decisión, dando validez al laudo, que se convierte en obligatorio para las partes.

Para las entidades de crédito es un método de resolución de sus conflictos con importantes ventajas, por su rapidez, por la ausencia de excesivos trámites procesales, y por ser resuelto por personas especializadas en la reglamentación y usos bancarios.

Además es reseñable destacar, como así nos han refrendado desde los servicios jurídicos de la AEB, la CECA y la UNACC, que nunca se ha tenido que ejecutar forzosamente un laudo. Todos los laudos dictados por estos servicios de dirimencias han sido siempre cumplidos de forma voluntaria por las entidades que han resultado condenadas. Ello ha sido así no solo por el compromiso adquirido con la adhesión a los convenios, sino sobre todo por la amenaza que representa para las entidades que no cumplan un laudo la expulsión de la AEB, la CECA o la UNACC, y de la imposibilidad por ello de poder operar en el SNCE.

Sin duda, todos estos servicios de dirimencias (DIRIBAN, INTERCAJAS, DIRICOOP y SERDI), además de resolver conflictos interbancarios, llevan a cabo una importante labor

interpretadora de la normativa bancaria, que resulta muy útil para la práctica diaria de nuestras entidades de crédito.

Sin embargo, es curioso destacar la ausencia de publicidad de sus laudos, que se limita únicamente a las entidades en conflicto, y solo cuando se trata de una materia a destacar, se comunica a las demás entidades adheridas al convenio, pero eliminando el nombre de las partes litigantes. Indudablemente puede ser objeto de crítica el hecho de que esos laudos no puedan ser conocidos por terceros, aunque sea de forma restringida. Pero sin duda deviene así por las propias materias que son objeto de controversia, de naturaleza bancaria, de la práctica diaria de las entidades, y que solo para ellas puede tener relevancia.

Por último, quiero destacar el descenso notable habido en los últimos años de intervenciones de los distintos servicios de dirimencias por la ausencia de conflictos interbancarios. Lo cual, sin duda, siempre es una buena noticia. La falta de litigiosidad es algo loable y a lo que hay que aspirar.

Dicha disminución de los conflictos es explicada por las distintas asociaciones interbancarias por el descenso del número de entidades de crédito, y por el uso de medios materiales de operativa bancaria más modernos y sofisticados, que dotan al SNCE de una indudable mayor eficacia, que no existía cuando los instrumentos de operativa bancaria de los clientes usaban papel. Por ejemplo, hoy día se opera mayormente por transferencias bancarias realizadas con rapidez, y no por medio del envío de cheques o letras de cambio en papel de una entidad a otra.

Pero aunque descienda la litigiosidad interbancaria a la mínima expresión, estimo que estos servicios de dirimencias objeto de estudio deben perdurar en el tiempo, por la gran ventaja que representa para las entidades adheridas entre las cuales pueda surgir una controversia que la misma sea resuelta por un sistema arbitral.



## Referencias bibliográficas

Aguirre Montenegro, J. (1 de enero de 2008).

[El arbitraje](#). *Law&Iuris*. Recuperado de <<https://lawiuris.wordpress.com>> (consultado el 5 de marzo de 2019).

Cremades, B. (1988). El proceso Arbitral en los negocios internacionales. *Themis. Revista de Derecho*, 11.

Fouchard, P. H. (1965). *L'arbitrage commercial international*. París.

Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M. (6 de marzo de 2000). El DIRIBAN y el SERDI, dos procedimientos de resolución de conflictos. *Diario La Ley*, 5006.

Sánchez-Pedreño Kennaird, A. (Coord.) (2015). *Memento experto, arbitraje*. Madrid: Francis Lefebvre.



# La habitabilidad de los inmuebles arrendados. Límites del artículo 21 de la LAU. ¿Puede afectar la pandemia del coronavirus a la inhabitabilidad?

**Vicente Magro Servet**

*Magistrado. Sala Segunda del Tribunal Supremo.  
Doctor en Derecho*

## Extracto

Desarrollo explicativo de la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el uso del inmueble durante la vigencia del contrato de arrendamiento. Referencia al concepto de obras de conservación para permitir la habitabilidad del inmueble.

Exclusión de la obligación del arrendador de llevar a cabo obras en razón a la normativa legal aprobada por motivo de la pandemia del coronavirus.

**Palabras clave:** contrato de arrendamientos; inhabitabilidad; coronavirus.

Fecha de entrada: 30-04-2020 / Fecha de aceptación: 11-05-2020

**Cómo citar:** Magro Servet, V. (2020). La habitabilidad de los inmuebles arrendados. Límites del artículo 21 de la LAU. ¿Puede afectar la pandemia del coronavirus a la inhabitabilidad? *Revista CEFLegal*, 233, 71-88.



# The livability of the leased properties. Limits of article 21 of the LAU. Can the coronavirus pandemic affect inhabitability?

Vicente Magro Servet

## Abstract

Explanatory development of the lessor's obligation to maintain the lessee in the use of the property during the term of the lease. Reference to the concept of conservation works to allow the habitability of the property.

Exclusion of the lessor's obligation to carry out works due to the legal regulations approved due to the coronavirus pandemic).

**Keywords:** leasing contract; habitability; coronavirus.

**Citation:** Magro Servet, V. (2020). La habitabilidad de los inmuebles arrendados. Límites del artículo 21 de la LAU. ¿Puede afectar la pandemia del coronavirus a la inhabitabilidad? *Revista CEFLegal*, 233, 71-88.



## Sumario

1. Introducción
2. Presupuestos básicos en orden a la comunicación del arrendatario al arrendador para la realización de obras del artículo 21 de la LAU
3. El carácter urgente de la realización de las obras
4. Obras de conservación y obras de reparación
5. Obras en jardines y patios de chalés adosados objeto de arrendamiento



## 1. Introducción

Se ha planteado con fuerza durante la pandemia y el estado de alarma por el coronavirus si el arrendador de locales de negocio tiene algún tipo de responsabilidad por la no habitabilidad del inmueble ante la orden decretada por el Estado en el Real Decreto 463/2020 que, por la vía del artículo 10, prohíbe la apertura de determinados locales de negocio. Sin embargo, no es posible plantear el concepto de culpa del arrendador en la inutilización del local de negocio, porque el concepto habitabilidad no se puede introducir en el marco de la relación contractual entre arrendador y arrendatario del local de negocio, habida cuenta que la culpa no puede aplicarse ni por parte de uno ni de otro. Se trata de una circunstancia imprevisible, y no prevista en el contrato que pactaron las partes. Y es por ello por lo que la habitabilidad del artículo 21 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) no se puede aplicar a la relación contractual entre las partes del contrato, por lo que esto no se puede alegar por el arrendatario al arrendador a la hora de no poder usar el inmueble.

Ello tiene su aplicación en los pactos a que están llegando las partes en la actualidad en virtud de la aplicación del Real Decreto 15/2020 en razón al pacto entre las partes acerca de cuál puede ser la renta que se puede exigir del pago al arrendatario a la hora de pagar una reducción de la renta al 50 %, que es lo que la mayoría de la doctrina está proponiendo, o bien un porcentaje mayor, habida cuenta la inutilización del inmueble por parte del arrendatario.

Pero no se trata de una cuestión de habitabilidad o no.

Se trata de una cuestión de imposibilidad de apertura por orden de la Administración. Y, además, se trata de la necesidad de que las partes lleguen a un pacto para fijar cuál es la renta que se debe pagar en el periodo que exista hasta el alzamiento del estado de alarma y mensualidades posteriores que se puedan incluir en el pacto respecto a la renta que se debe pagar aminorada por la existencia de la pandemia del virus.

La habitabilidad se refiere más a un concepto de conservación de la vivienda para poder destinarse al uso convenido, y aquí no se trata de reparaciones que se tengan que llevar a

cabo por parte del arrendador, sino de una imposibilidad de uso por cuestiones ajenas al propio arrendador y más referidas a una circunstancia imprevisible.

Esta obligación de mantenimiento del arrendador se aplica también a los locales de negocio ex artículo 36 de la LAU en relación con el artículo 21, pero la habitabilidad, como decimos, se refiere a mantener en ese uso por cuestiones afectantes a la conservación, sin que podamos hacer una interpretación extensiva del mantenimiento referido al uso en relación con que el arrendador tenga alguna responsabilidad en materia de obras que se tengan que llevar a cabo cuando los locales abran para ejercer su actividad normal por la normativa aprobada en razón al denominado distanciamiento social. Y estas obras no son responsabilidad del arrendador en orden a la conservación del local, sino que su obligación es la de conservación en obras de lo que existía a la firma del contrato, no en relación con obras o modificaciones ordenadas por la Administración del Estado por medidas pospandemia coronavirus.

En cualquier caso, sabemos que, referido directamente a la obligación de mantenimiento, son muchas las personas que optan hoy en día por la vía del arrendamiento urbano en lugar de hacerlo por la vivienda en propiedad. El ahorro de costes que supone la evitación del pago de los gastos de comunidad, el pago del IBI y otros gastos fijos de la propiedad, así como la posibilidad de cambiar de inmueble residencial cuando no están conformes con las condiciones de la comunidad, con los vecinos o insatisfechos con la localización, supone que muchos ciudadanos opten por la libertad de poder cambiar cuando quieran de su lugar de residencia bajo la vía del cambio del contrato de alquiler por otro que atienda mejor a sus necesidades en otro lugar de la localidad donde residen. También es cierto, por otro lado, que las cantidades invertidas en el alquiler mensualmente podrían ser las mismas que les supondría una vivienda en propiedad por un préstamo hipotecario dadas las extraordinarias condiciones que le suponen al comprador de inmueble la fuerte bajada de tipos hipotecarios, nunca vista en la historia de la banca, pero la mayor flexibilidad del alquiler y no sujeción a un determinado inmueble lleva a muchas personas a utilizar el régimen de vivienda arrendada.

Además, las estadísticas de arrendamientos se siguen multiplicando también por la importante reforma de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que concede a las partes un amplio margen en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de redactar el contrato. Por ello, las ventajas de la vivienda en alquiler frente a la de propiedad de cara a los derechos del arrendatario se centran en las siguientes según el cuadro adjunto:

Precepto LAU	Ventajas
Artículo 21	Es el arrendador el obligado a llevar a cabo las obras de reparación necesarias en el inmueble para mantener la habitabilidad.



Precepto LAU	Ventajas
▶	
Artículo 9	Derecho del arrendatario a permanecer en el inmueble un plazo mínimo de 3 años (salvo probada causa de necesidad del arrendador, art. 9.3).
Artículo 11	Derecho de desistimiento del arrendatario una vez transcurridos 6 meses de forma unilateral (aunque con posibilidad de pactar en contrato la obligación de indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir).
Artículo 15	Derecho del cónyuge del arrendatario a continuar en la vivienda arrendada en el caso de atribución del uso en sentencia de nulidad, separación o divorcio.
Artículo 16	Derechos en caso de muerte del arrendatario.
Artículo 22.2	Derecho del arrendatario a reducción de renta en el caso de obras de mejora del arrendador.
Artículo 24	Derecho del arrendatario con discapacidad a realizar obras adaptadas a su problema.
Artículo 25	Derecho de adquisición preferente de la vivienda arrendada.
Artículo 26	Derecho de suspensión del contrato y pago de renta en caso de obras para habitabilidad del arrendador.

Sin embargo, uno de los mejores puntos del arrendamiento para el arrendatario es que no tendrá que asumir coste alguno en el caso de que la vivienda precise de la realización de obras que por el transcurso del tiempo se consideran necesarias en el inmueble y que corren a cargo del arrendador, pudiendo exigirlas el arrendatario sin necesidad de que ello conste en el contrato. Y ello porque, si bien hay cuestiones en la LAU en las que son las partes las que pudieron fijarlas, o no, en el contrato, en esta materia de obligación de obras de conservación se trata de una cuestión de derecho necesario a que está obligado el arrendador.

Así lo señala el artículo 21 de la LAU al apuntar que

El arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo cuando el deterioro de cuya reparación se trate sea imputable al arrendatario a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.563 y 1.564 del Código Civil.

Bajo esta perspectiva, las condiciones de esta obligación son las siguientes:

1. Se trata de una obligación *ex lege* del arrendador.
2. El arrendador no tiene derecho a elevar la renta al arrendatario en el caso de realización de obras de conservación del inmueble.
3. El parámetro clave de este tema se ciñe a lo que deba entenderse por obras necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido. Quedan excluidas las obras que reclame el arrendatario y que no tengan esta condición.
4. La obligación de reparación tiene su límite en la destrucción de la vivienda por causa no imputable al arrendador. A este efecto, se estará a lo dispuesto en el artículo 28.
5. Derecho del arrendatario a que si la obra durase más de 20 días, habrá de disminuirse la renta en proporción a la parte de la vivienda de la que el arrendatario se vea privado.
6. Cuando el arrendatario detecte la necesidad de la reparación deberá poner en conocimiento del arrendador, en el plazo más breve posible, la necesidad de las reparaciones. Para ello, se le exige que permita el acceso al inmueble al arrendador y a los técnicos que este designe, a fin de comprobar el estado de la vivienda. En este punto, el arrendatario, previa comunicación al arrendador, podrá realizar las que sean urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, y exigir de inmediato su importe al arrendador. Esta posibilidad se entiende que es muy restringida y solo se admite siempre y cuando se haya comunicado previamente esta necesidad al arrendador, se le haya fijado un plazo para el inicio de las obras con el apercibimiento en la comunicación de que se harán por el arrendatario y a costa del arrendador, y el arrendador haya hecho caso omiso de las obras, por lo que se abre la puerta para que las ejecute el arrendatario a costa del arrendador.
7. Sin embargo, las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda serán de cargo del arrendatario. Este suele ser un punto ciertamente polémico, ya que hay que interpretar lo que se entiende por pequeñas reparaciones por el uso del inmueble. Y en este punto habrá que incluir las reparaciones por uso de la nevera y sus piezas, muebles que se rompen por su uso, etc. En este apartado suelen darse muchos conflictos entre las partes del contrato, ya que, cuando se rompe una pieza de los electrodomésticos por su uso, el arrendatario suele reclamar su reposición al arrendador pero, desde nuestro punto de vista, conceptos como los expuestos son encuadrables entre los que cita el precepto de pequeñas reparaciones por el uso del inmueble.

Examinemos, pues, las cuestiones que surgen en este tema relativo al derecho de que dispone el arrendatario para reclamar al arrendador la reparación del inmueble para el destino de la habitabilidad.

## 2. Presupuestos básicos en orden a la comunicación del arrendatario al arrendador para la realización de obras del artículo 21 de la LAU

Es evidente que el ejercicio de la reclamación de este derecho del arrendatario gira sobre una necesidad de comunicación previa del arrendatario al arrendador acerca de las necesidades de reparación que señala y que son imprescindibles para la habitabilidad.

En este tema confluyen varios aspectos que se nos presentan en esenciales, los cuales son:

1. La necesidad de comunicación previa del arrendatario al arrendador indicando cuál es la exigencia de reparación con concesión de plazo para actuar.
2. Que se trate de una reparación que sea imprescindible para la habitabilidad del inmueble.
3. Que la reparación no sea consecuencia de una actuación dañosa del arrendatario en el inmueble.
4. Que no se trate de una reparación motivada por el uso del inmueble.

La literalidad del precepto señala que:

El arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo cuando el deterioro de cuya reparación se trate sea imputable al arrendatario a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.563 y 1.564 del Código Civil.

### a) La comunicación fehaciente del arrendatario

La primera cuestión que destacamos en este tema es que el arrendatario debe advertir previamente al arrendador, cuando detecte la necesidad de la reparación, en qué consiste y su alcance, advirtiéndole que no ha sido debido a causa suya y que no se trata de una reparación propiciada por el uso del inmueble.

Esta comunicación debe ser fehaciente para que quede constancia del envío y la recepción, a fin de que exista prueba de esa comunicación.

### b) Que la exigencia de la reparación sea apta para la habitabilidad

Este es un elemento que podría dar lugar a controversia entre las partes acerca de la obligatoriedad de la reparación por el arrendador o arrendatario, ya que debe referirse a una

cuestión de reparación, pero no por el uso natural del piso, ya que estas corresponden al arrendatario, sino las que son ajenas al desgaste por el uso y que son las que corresponden al arrendador, y, además, debe ser preciso esta reparación para el destino previsto de habitar el inmueble.

c) Que el arrendatario no haya causado daños en el bien que se quiere reparar

No puede el arrendatario pedir al arrendador que repare lo dañado por él. De suyo, el propio artículo 21 de la LAU se remite al artículo 1.563 del Código Civil (CC) que señala que: «El arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya».

Introduce el CC en este tema de carga de la prueba de un hecho negativo como es la prueba de que el daño se ocasionó sin culpa concurrente suya, con lo que habría que probar una necesidad de reparación de un elemento necesario para la habitabilidad sin esa concurrencia de culpa. Y esta circunstancia debería acompañarse en el primer escrito que envíe el arrendatario al arrendador antes referida.

Sin embargo, la dicción del artículo 1.563 del CC conlleva una presunción de culpa salvo prueba en contrario, es decir, una presunción *iuris tantum* que admite esa prueba por el arrendatario de que no fue su culpa el daño causado. Pero esta prueba exigirá aportar cuál es la causa del daño, lo que resulta complicado en casos de reparaciones necesarias por el mero transcurso del tiempo, por ejemplo, aparición de grietas en las paredes, problemas en el suelo, en las barandillas de la terraza, baldosas, los cuartos de baño que no se deban a acciones del arrendatario, etc.

Pero en segundo lugar se recoge en el artículo 1.564 del CC que: «El arrendatario es responsable del deterioro causado por las personas de su casa».

Supone una directa traslación al arrendatario de las responsabilidades por daños causados por sus ocupantes. Además, el artículo 1.555 del CC señala que:

El arrendatario está obligado:

[...]

2.º A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra.

En caso de que esta diligencia en el uso del inmueble no se ejerza, responderá de esos daños. El problema es que hemos visto que, en caso de necesidad de reparaciones en el

inmueble, no se parte de una presunción de la obligación del arrendador de afrontar las reformas necesarias, sino que atendiendo al tipo de reparación que es preciso afrontar será el arrendatario el que a la primera comunicación con el arrendador deberá adjuntar a su petición de reparación la prueba de que el daño no ha sido por su culpa, sino por el mero transcurso del tiempo que atrae la responsabilidad al arrendador, o bien a la comunidad de propietarios en el caso de daños causados por elementos comunes. Pero, en cualquier caso, el arrendatario debe dirigirse al arrendador, no a la comunidad, ya que no tiene acción directa contra la comunidad, sino que es el propietario-arrendador el que tiene que reclamar a la comunidad por el daño causado comunicado por el arrendatario.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, Sentencia 560/2017, de 4 de diciembre de 2017, rec. núm. 378/2017 recuerda que ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006, establecía:

La interpretación jurisprudencial del artículo 1.554 del Código Civil ha sentado que no cabe confundir las reparaciones relativas a la vivienda o local como finca individual, con las que corresponden a la comunidad de propietarios del inmueble, ya que las irregularidades en los elementos comunes no pueden ser imputadas a la arrendadora del local, como tampoco las posibles innovaciones para prevenir nuevos daños, pues ello carece de oportunidad en el régimen de propiedad horizontal cuando el menoscabo hay que referirlo a los elementos comunes y son por entero ajenos los daños a las instalaciones y componentes propios del local arrendado (STS de 7 de diciembre de 1984), cuya posición es de aplicación al supuesto debatido.

Y la Sentencia del Tribunal Supremo 596/2011, de 29 de febrero de 2012 (NCJ056631), reiterando doctrina jurisprudencial, proclama:

A) El artículo 1.554 del Código Civil en sus números 2 y 3, con carácter general, así como el artículo 21 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, de forma más específica, obligan al arrendador, por el tiempo del contrato, a hacer en la cosa objeto del contrato todas las reparaciones a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, y a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento, para lo cual el artículo 1.559.2 exige al arrendatario poner en conocimiento del dueño, con la misma urgencia, la necesidad de todas las reparaciones comprendidas en el número 2.º artículo 1.554, señalando el artículo 1.556 que si el arrendador o el arrendatario no cumplieren las obligaciones expresadas en los artículos anteriores, podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o solo esto último, dejando el contrato subsistente (STS de 26 de noviembre de 2008, rec. núm. 2417/2003).

No obstante lo anterior, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en aplicación del artículo 1.554 del Código Civil en relación con la naturaleza de los elementos e instalaciones objeto de reparación, ha declarado que: «No cabe confundir

las reparaciones relativas a la vivienda o local como finca individual, con las que correspondan a la comunidad de propietarios del inmueble, ya que las irregularidades en los elementos comunes no pueden ser imputadas a la arrendadora del local, como tampoco las posibles innovaciones para prevenir nuevos daños, pues ello carece de oportunidad en el régimen de propiedad horizontal cuando el menoscabo hay que referirlo a los elementos comunes y son por entero ajenos los daños a las instalaciones y componentes propios del local arrendado» (SSTS de 7 de diciembre de 1984 y 18 de mayo de 2006).

B) Por lo expuesto, se reitera como doctrina jurisprudencial que el arrendador no está obligado a reparar los daños causados en el local arrendado, sometido al régimen de propiedad horizontal, producidos por los defectos existentes en elementos comunes.

d) El mero uso del inmueble traslada al arrendatario el pago de los gastos derivados del uso

Solo serían competencia y responsabilidad del arrendador los ajenos al uso diario, tales como humedades no provocadas por acciones u omisiones del arrendatario, aunque si son competencia de la comunidad también el arrendador puede exigir a la comunidad que repare esta los daños y que lo haga con prontitud, dado que, en su defecto, el arrendador deberá descontar al arrendatario el pago de la renta por el no uso del inmueble y ello debería abonárselo la comunidad al arrendador.

Para ello, habría que contratar los servicios de un perito que emita un informe pericial que dictamine acerca del origen de estos daños y si se trata de un daño comunitario o se trata de un daño provocado por el mero transcurso del tiempo, es decir, no por el mero uso del inmueble, en cuyo caso le correspondería al arrendatario el pago de esas reparaciones.

Del mismo modo, recordemos que el artículo 1.554 del Código Civil añade que:

El arrendador está obligado:

[...]

2.º A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada.

Uno de los temas donde más se plantea esta necesidad de reparaciones está en el caso de las calderas y así, la Audiencia Provincial de Zamora, Sentencia 256/2017, de 14 de noviembre de 2017, rec. núm. 203/2017, recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 8 de septiembre de 2016 que señala que:

La caldera es un servicio imprescindible de la vivienda arrendada porque mediante ella se obtienen servicios de carácter imprescindibles como el agua caliente y la calefacción, lo que implica que los deterioros y deficiencias deben ser reparadas por el arrendador, salvo que se acredite que las mismas son imputables al arrendatario. De esta forma, deberemos examinar la prueba practicada con la finalidad de determinar: 1) Si se ha probado que la caldera tiene alguna deficiencia que exige su reparación. 2) Si se ha probado que esa deficiencia se ha ocasionado por el arrendatario.

### 3. El carácter urgente de la realización de las obras

Señala el artículo 21.3 de la LAU que:

El arrendatario deberá poner en conocimiento del arrendador, en el plazo más breve posible, la necesidad de las reparaciones que contempla el apartado 1 de este artículo, a cuyos solos efectos deberá facilitar al arrendador la verificación directa, por sí mismo o por los técnicos que designe, del estado de la vivienda. En todo momento, y previa comunicación al arrendador, podrá realizar las que sean urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, y exigir de inmediato su importe al arrendador.

No fija la LAU plazo desde la aparición de los defectos, pero no puede retrasarse mucho para evitar una agravación del resultado dañoso. La forma de trasladarlo al arrendador es por comunicación directa, relatando los daños y desperfectos intentando aportar fotografías para una mayor descripción visual del defecto y, a ser posible, acompañado de informe técnico adjunto en la comunicación.

Además, prevé la norma que el arrendatario pueda realizar las reparaciones necesarias de carácter urgente. El problema es cómo separar y distinguir lo urgente de lo que no lo es. Y para ello se plantea que se puede remitir comunicación urgente solicitando la comunicación en 48 horas del arrendador cuando no admita más demora, a fin de que el arrendador se persone en el inmueble para tomar conocimiento de lo ocurrido y poder cerrar con el arrendatario las reparaciones a llevar a cabo. En esa comunicación se advertirá, si se tratara de reparación urgente, de que, en el caso de no comparecer en el inmueble en el plazo de 48 horas, se procederá a realizarlas por el arrendatario con cargo al arrendador.

La Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.<sup>a</sup>, Sentencia 298/2017, de 31 de octubre de 2017, rec. núm. 139/2017, recoge en esta sentencia en la que se analiza este problema que:

A tenor de lo dispuesto del párrafo 3.º del mencionado artículo 21, las facultades del arrendatario en tales supuestos quedan reguladas como sigue: de una parte, «el

arrendatario deberá poner en conocimiento del arrendador, en el plazo más breve posible, la necesidad de las reparaciones que contempla el apartado 1 de este artículo, a cuyos solos efectos deberá facilitar al arrendador la verificación directa, por sí mismo o por los técnicos que designe, del estado de la vivienda»; pero además, y en todo momento, «previa comunicación al arrendador, podrá realizar las que sean urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, y exigir de inmediato su importe al arrendador». Y ello es lo sucedido en el supuesto litigioso.

Que del contrato de arrendamiento se derivara que el inmueble se hallaba en buen estado (así se sigue de la estipulación 1.<sup>a</sup>, al aceptarlo el arrendatario «a plena satisfacción») no constituye una presunción *iuris et de iure* de su verdadera situación. Adviértase que la cláusula 9.<sup>a</sup> solo se refiere al buena estado y «perfectas condiciones de uso» del mobiliario, que no a la estructura de la vivienda alquilada. Y es evidente que en los meses siguientes al inicio de la relación arrendaticia aparecieron serios problemas que comprometían la habitabilidad del inmueble. De ellos nos habla la amplia documentación disponible, consistente en fotografías, informes técnicos, presupuestos y facturas de reparación y una copiosa comunicación por correo electrónico entre las partes en que se habla detalladamente de lo que estaba sucediendo. A partir de aquí, conviene insistir en que las reparaciones habían adquirido el claro carácter de urgentes al padecer el arrendatario y su familia humedades, goteras y hasta pequeñas inundaciones en el interior de la vivienda que como queda dicho ponían en entredicho sus condiciones básicas de habitabilidad, justamente por falta de estanqueidad. Conforme al citado artículo 21.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no era preciso recabar el consentimiento de la propiedad, sino que le era dable al locatario actuar por su propia cuenta y luego exigir de la arrendadora el pago de los gastos realizados. Que esta, es decir, la Sra. Pilar no hubiera consentido la ejecución de las obras es algo irrelevante, como también lo es que en la cláusula 6.<sup>a</sup> se hubiera pactado una regla contractual contraria a una norma legal imperativa (art. 4.2 LAU). Lo que sí lo es, es constatar que el arrendatario comunicó a la propiedad la imperiosa y urgente necesidad de realizar obras y su propósito de acometerlas (como es de ver, por ejemplo, en los correos electrónicos de 12 de noviembre de 2014 o de 1 de diciembre de 2014) y que estas efectivamente se han llevado a efecto, y basta para comprobarlo el estado de la cubierta de la vivienda antes de ser reparado y el que presentaba luego según se observa en las fotografías aportadas con la demanda y en el acto del juicio por el demandado.

Con ello, vemos los siguientes parámetros:

1. Que el hecho de que una vivienda se entregue en perfectas condiciones no quiere decir que, con el paso del tiempo, lo que puede ocurrir, incluso, a los pocos meses, aparezcan defectos en la estructura que dificulten la habitabilidad.
2. El arrendatario deberá preconstituir la prueba y aportar fotografías con el requerimiento al arrendador, e, incluso, informes técnicos.

3. Se advertirá de la urgencia de las obras y el apercibimiento de que, de no acometerlas con urgencia, se llevará a cabo a su costa.

## 4. Obras de conservación y obras de reparación

La LAU se refiere al arrendador en su obligación de conservar y reparar. Pero nos preguntamos si se trata de conceptos que significan lo mismo o tienen rasgos de matiz diferenciador.

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, Sentencia 655/2017, de 11 de octubre de 2017, rec. núm. 1505/2016, recuerda que:

Esas obras de «conservación» son todas aquellas que sean indispensables para el uso y se configuran como necesarias para que la finca pueda servir a su uso; no hay trascendencia jurídica en la distinción entre obras de conservación y las de reparación, es una cuestión de matiz:

1. Reparar es subsanar un daño ya producido.
2. Conservar es evitar el deterioro de la finca.

La obligación de reparar/conservar alcanza a todos los elementos, servicios e instalaciones inherentes a la finca o que se entregaron a la conclusión del contrato, incluidos los elementos comunes del inmueble que le puedan afectar.

En una primera aproximación, podríamos decir que las reparaciones necesarias son un tipo de gastos que no generan mejora, sino que son inversiones imprescindibles destinadas a mantener o reparar la vivienda a fin de que cumpla su utilidad, evitándose con ello su deterioro, pérdida o destrucción.

Se centra la obra de conservación básicamente en el aspecto físico de la cosa, por lo que se incluyen tanto las obras encaminadas a la restauración de los deterioros o menoscabos sufridos en la vivienda como a la conservación de los mismos; es decir, aquellas que deben realizarse ineludiblemente y no aumentan el valor ni la productividad de la cosa arrendada.

La conservación es un concepto genérico que abarca todo tipo de obras, dirigido a facilitar al arrendatario el uso de la cosa arrendada, mientras que la reparación, aparejada a la necesidad, resulta mucho más accesible.

Efectivamente, existen diferentes tipos de obras que pudieran ser precisas en el inmueble arrendado:

- a) Las necesarias de conservación/reparación del inmueble arrendado para mantener el uso que le es propio.

- b) Las de mejora, realizadas por el propietario.
- c) Las obras de mejora que pretende realizar el arrendatario para las que, de oponerse el propietario, se requiere autorización judicial.
- d) Las obras que transforman la vivienda en local de negocio o viceversa.
- e) Las obras urgentes en cuanto que el inquilino o arrendatario podrá en todo momento realizar las reparaciones urgentes encaminadas a evitar un daño inminente o una incomodidad grave, de forma que las obras urgentes y necesarias tienden a conservar la vivienda para el uso pactado, suponiendo una mera facultad del arrendatario, no una obligación (STS de 28 de enero de 1981) conferida legalmente, con fundamento en la autodefensa, que requiere: la necesidad de una obra, urgente o perentoria, cuya falta supone un peligro inminente o incomodidad grave y que no sea imputable, su origen, al arrendatario.
- f) Las reparaciones pequeñas del artículo 21.4 de la LAU de 1994, por derivar del desgaste ordinario de la vivienda son a cargo del arrendatario.
- g) Las obras que pueden realizar los arrendatarios con minusvalía (art. 24 LAU 1994).

Centrándonos en las obras necesarias del artículo 21.1 de la LAU de 1994, para conservar el inmueble en adecuadas condiciones de habitabilidad y uso en orden a servir al uso convenido, procede establecer las siguientes notas definidoras:

- 1) Se trata de reparaciones que sean necesarias o imprescindibles durante el arrendamiento y a cargo del arrendador, pues suponen el mantenimiento pacífico del disfrute transferido con el arrendamiento.
- 2) Serían, en definitiva, las obras precisas para lograr aquella finalidad, con sujeción al destino pactado y derivadas del mero transcurso del tiempo, del desgaste natural, de su utilización correcta conforme a lo estipulado o que provengan de un suceso con las notas de caso fortuito o fuerza mayor (SSTS de 3 de febrero de 1962, de 9 de marzo de 1964 y de 20 de junio de 1980).
- 3) Consecuentemente con lo expuesto, habrá que excluir del ámbito de las obligaciones del arrendador las obras de reconstrucción, reedificación, modificación o sustitución, que son de mayor empeño e importancia (SSTS de 26 de diciembre de 1942, de 3 de febrero de 1962, de 17 de junio de 1972, de 12 de noviembre de 1974, de 20 y de 28 de febrero de 1975) y las que, por su entidad y cuantía, en relación con la renta, sobrepasan el concepto de «reparación».
- 4) Además de ello, debe tenerse presente que no pueden imputarse a la propiedad los desperfectos que sean imputables al inquilino, por comportamiento culposo o negligente o abandono de la conservación, conforme a los artículos 1.563 y 1.564 del CC o que, en virtud de lo acordado, el arrendatario haya asumido dicha obligación (SSTS de 2 de diciembre de 1972 y de 20 de junio de 1980).

Quiere esto decir que no puede tampoco el arrendatario inhibirse de destinar el inmueble arrendado a su destino de habitabilidad y conservarlo, también, ya que esa obligación de conservación en cuanto al uso diario del inmueble le corresponde, no al arrendador, que no puede llevarlo a cabo por no ejercer el derecho posesorio, sino al arrendatario, por lo que este no puede desentenderse de esta obligación de conservación diaria que evite en el futuro posibles daños por esta desatención del arrendatario.

## 5. Obras en jardines y patios de chalés adosados objeto de arrendamiento

Suele ser práctica habitual que se alquilen inmuebles que tienen espacios tales como jardines, patios privados, piscinas privadas, etc., en donde se plantea el problema que es objeto de las presentes líneas en torno a quién debe afrontar la labor conservativa de esos espacios que quedan fuera de la zona estrictamente privada que podríamos denominar *indoor*, para diferenciarla de la zona que podríamos denominar *outdoor*, que la referiríamos a esas zonas antes citadas de jardines, patios, piscinas, etc., ya que resulta sumamente importante distinguir en qué casos existe la obligación de conservación del arrendador del artículo 21 de la LAU.

Debemos destacar que el artículo 21 de la LAU fija la responsabilidad del arrendador con respecto a que: «El arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido».

Y para diferenciar de lo que le corresponde al arrendatario se debe recordar que el apartado 4.º del artículo 21 de la LAU señala que: «Las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda serán de cargo del arrendatario».

Quiere esto decir que el arrendador es responsable de elementos o cuestiones estrictamente constructivos que se refieran a la vivienda en sí por su relación con el concepto de habitabilidad, mientras que el arrendatario responde de las reparaciones de aquellos elementos que se refieran directamente al uso de elementos del inmueble, pero si incidimos en elementos constructivos relativos a la habitabilidad, la obligación es del arrendador. Por ello, el arrendatario sería responsable de reparar, por ejemplo, una puerta del armario, la nevera, o el microondas, un colchón de la cama, una silla, el sofá del comedor que se ha manchado, una alfombra que se ha estropeado, etc. Pero el arrendador es responsable de los elementos constructivos, como humedades, la pared que se ha deteriorado, levantamientos en el suelo, ajenos a actuaciones dañosas del arrendatario de las que respondería este por incluibles en el artículo 21.4 de la LAU, etc.

Para aclarar esta cuestión deberíamos acudir al concepto de habitabilidad, por el que debemos entender que está referido al ámbito de la arquitectura, que es la parte de esta

disciplina dedicada a asegurar unas condiciones mínimas de salud y confort en los edificios. En especial, la habitabilidad se ocupa del aislamiento térmico y acústico, y de la salubridad.

Por ello, si hablamos de obligaciones de mantenimiento de jardines, patios, o piscinas, el arrendatario será responsable del mantenimiento del jardín, y para ello deberá o mantenerlo él o contratar un profesional que realice las operaciones propias de la jardinería. Si no deseara mantener estas instalaciones que son claramente ajenas al concepto de habitabilidad el arrendatario debería haber arrendado otro tipo de inmueble sin instalaciones anexas que le dan un disfrute de carácter personalísimo a él mismo y a su núcleo familiar. Pero si se arrienda un inmueble y además de su zona *indoor* se arrienda una zona *outdoor* debe responder de este mantenimiento de la zona *outdoor* en lo que se refiera a su disfrute personal ajeno a lo estrictamente relacionado con el carácter de habitabilidad. Por ello, deberá mantener la piscina privada, el patio y el jardín, pero, por ejemplo, de fugas en la piscina por defectos estructurales sí que respondería el arrendador por ser cuestión ajena al uso. Hay que recordar, también, que la normativa nacional de habitabilidad se recoge actualmente en el Código Técnico de la Edificación (CTE), subdividido en tres apartados:

- HS: Salubridad e higiene.
- HR: Protección contra el ruido.
- HE: Ahorro de energía y aislamiento térmico.

Por ello, lo referente a la zona *outdoor* queda fuera del concepto de habitabilidad y se centra en la responsabilidad de quien ha alquilado un inmueble con esa zona exterior al inmueble donde se aplica el concepto de habitabilidad. De no querer asumir ese mantenimiento, el inquilino debería arrendar inmuebles sin una zona aneja exterior y de estricto uso personal excluyente. No se trata de jardines o zonas comunitarias, sino de zonas de uso privado cuyo mantenimiento es, por ello, de obligación de quien lo disfruta, por lo que debemos asociar uso y disfrute con obligación de mantenimiento.

Sobre el concepto de habitabilidad destacan Casals-Tres, Arcas-Abella y Pagès-Ramon<sup>1</sup> que la normativa de habitabilidad –a través de sus distintas versiones en el tiempo y el espacio– se ha erigido como elemento director de la acción del sector de la edificación, puesto que establece los requisitos indispensables que debe reunir una vivienda para garantizar que es hábil para el alojamiento, es decir, que es apta como morada humana porque dispone de las condiciones socialmente aceptables para ser habitada. Por ello, expertos en arquitectura suelen relacionar habitabilidad con cinco aspectos concretos que se deben evaluar

---

<sup>1</sup> Arquitectura, energía y medioambiente (AIEM), Universitat Politècnica de Catalunya-Barcelona Tech (España). *Habitabilidad, un concepto en crisis. Sobre su redefinición orientada hacia la sostenibilidad*. <[www.core.ac.uk](http://www.core.ac.uk)>.



para habitabilidad de una vivienda: acústica, higrotérmica, ventilación, confort visual y confort espacial. En este sentido, el mantenimiento de las zonas *outdoor*, referidas a jardines, patios, piscinas etc., corresponderán al arrendatario, salvo defectos graves constructivos que serán de cuenta del arrendador o de la comunidad si afecta a elementos estructurales por defectos constructivos o de ejecución de obra.



# Evolución del derecho a la protección de datos y disrupción tecnológica: ¿estamos vallando el campo?

**Jesús María Simón Marco**

*Abogado sénior.  
Asesoría Jurídica Internacional de Mapfre*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don César Tolosa Tribiño, don Xabier Arzo Santisteban, don José Luis López González, don Juan Francisco Mestre Delgado, don Ángel José Sánchez Navarro y don Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

## Extracto

El derecho a la protección de datos personales ha evolucionado rápidamente desde su inexistencia a la compleja regulación actual. No obstante, las nuevas tecnologías suponen un auténtico reto para que dicho derecho pueda ser realmente una realidad, ya sea por la dificultad de proteger toda la información en el entorno de internet o por directamente tratarse de tecnologías que chocan frontalmente contra sus principios, como puede ser el *blockchain* y el principio de inmutabilidad sobre el que se construye.

**Palabras clave:** disrupción; tecnología; avances.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

**Cómo citar:** Simón Marco, J. M.<sup>a</sup> (2020). Evolución del derecho a la protección de datos y disrupción tecnológica: ¿estamos vallando el campo? *Revista CEFLegal*, 233, 89-120.



# Technological disruption and evolution of the rights of data subjects: are we hedging the countryside?

Jesús María Simón Marco

## Abstract

The rights of data subjects have evolved from its complete inexistence to its complex modern regulations. However, new technologies represent a real challenge for this rights to become a reality, either because of the difficulty of protecting all the information in the internet environment or because they are technologies that directly clash with its principles, such as the blockchain and the principle of immutability on which it is built.

**Keywords:** disruption; technology; progress.

**Citation:** Simón Marco, J. M.<sup>a</sup> (2020). Evolución del derecho a la protección de datos y disrupción tecnológica: ¿estamos vallando el campo? *Revista CEFLegal*, 233, 89-120.





## Sumario

1. Evolución del derecho a la protección de datos personales
    - 1.1. Origen del derecho: la privacidad
    - 1.2. Evolución legislativa
  2. El régimen legal del derecho a la protección de datos en la actualidad
  3. El derecho al olvido en el nuevo entorno tecnológico
    - 3.1. Concepto
    - 3.2. La sentencia Google
    - 3.3. El derecho al olvido en registros públicos
    - 3.4. El ejercicio del derecho al olvido
  4. La tecnología *blockchain* y la protección de datos
    - 4.1. ¿Qué es *blockchain*?
    - 4.2. Colisión entre la normativa de protección de datos y *blockchain*
    - 4.3. Soluciones planteadas
  5. La creciente amenaza de los ciberataques y la protección de datos personales
  6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Evolución del derecho a la protección de datos personales

### 1.1. Origen del derecho: la privacidad

Cada vez es más frecuente encontrarse con personas que saben que tienen, además de otros muchos derechos, un derecho fundamental a la privacidad de sus datos personales plenamente ejercitable y respaldado por las leyes.

El derecho a la privacidad es consecuencia de la concepción moderna del individuo como sujeto de derechos y deberes. Sin embargo su implantación y desarrollo está ligado a la reciente necesidad de los individuos de protegerse contra injerencias de los medios de comunicación de masas en su esfera privada.

En los Estados Unidos se cita como precedente la publicación en 1890 en la *Harvard Law Review* de un artículo pergeñado por dos abogados estadounidenses que acuñaron por primera vez la expresión «*the right to privacy*»<sup>1</sup>. Warren y Brandeis (1890) partieron de la idea de que si el *common law* reconoce el derecho a la propiedad privada, de alguna manera debía poder proteger también la esfera privada de las personas frente a la publicación de artículos y fotografías de personas por parte de la prensa de la época<sup>2</sup>.

De este genuino derecho a la privacidad se harán eco las declaraciones universales de derechos que surgen tras el fin de la Segunda Guerra Mundial<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Vid.* en este sentido Warren y Brandeis (1890), considerado como el ensayo fundacional de la protección de la privacidad en los Estados Unidos. Sin embargo, en la concepción formulada en dicho ensayo no cabe reconocer todavía exclusivamente una dimensión individual o subjetiva del derecho, antes al contrario: la defensa de la privacidad se presenta en una dimensión colectiva y social que coadyuva al mantenimiento y avance del sistema democrático, pues, en última instancia, la privacidad contribuye a establecer los límites del control estatal sobre los individuos y a definir el atributo esencial de la ciudadanía.

<sup>2</sup> *Ibid. in fine* «The common law has always recognized a man's house as his castle, impregnable, often, even to his own officers engaged in the execution of its command. Shall the courts thus close the front entrance to constituted authority, and open wide the back door to idle or prurient curiosity?».

<sup>3</sup> Entre las cuales debemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 12) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (art. 17).

Un poco después, en los años 70 del siglo pasado, aparecieron algunas empresas<sup>4</sup> que facilitaban la digitalización de documentos a sus clientes. Los datos digitalizados y almacenados en bases de datos podían consultarse y compartirse por los clientes con acceso.

Sin embargo, el paso siguiente a la mera digitalización de documentos en bases de datos privadas será la aparición del internet comercial a mitad de la década de los 90, acontecimiento que «democratizó» de manera radical el acceso de todos sus usuarios, mediante un mero clic, a cientos de datos personales de los demás.

Además, internet facilitará el envío de molesta publicidad masiva, así como la utilización y puesta en común entre empresas de todo tipo de ficheros con información personal, del cual serán paradigma los conocidos como «ficheros de morosos»<sup>5</sup>.

## 1.2. Evolución legislativa

La evolución tecnológica será el acicate para el impulso de una legislación sobre la materia, hasta la fecha representada únicamente por acciones tímidas, como algunos trabajos aislados del Consejo de Europa en los años 60<sup>6</sup>.

El cambio de régimen en algunos países propiciará el surgimiento de una normativa moderna en la materia, aprovechando la modificación o creación de sus sistemas constitucionales.

En España, la Constitución del 78, en su artículo 18.4, dispuso que: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

A nivel europeo, la firma del Convenio europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos con carácter personal de 1981 dará una de-

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, LexisNexis, que fue pionera en la digitalización de noticias y precedentes judiciales.

<sup>5</sup> Ficheros que han generado siempre una enorme polémica por los perjuicios que genera a los individuos el hecho de que dicha información se comparta por los agentes financieros, con mayor razón en el caso de que la información acerca del «moroso» se encuentre desactualizada.

<sup>6</sup> Y algún legislador precoz, como el japonés. El régimen jurídico que rige la privacidad y la protección de datos en Japón tiene sus raíces en la Constitución de 1946, cuyo artículo 13 dispone que: «Todos los ciudadanos serán respetados como personas individuales. Su derecho a la vida, la libertad y al logro de la felicidad será, en tanto que no interfiera con el bienestar público, el objetivo supremo de la legislación y de los demás actos de Gobierno».

Sobre la base de dicho artículo, el Tribunal Supremo japonés ha precisado los derechos de las particulares en lo que respecta a la protección de la información personal. En una resolución de 1969, reconoció el derecho a la vida privada y a la protección de datos como un verdadero derecho constitucional.

finición de lo que ha de entenderse por dato personal, fijará unos principios básicos para la protección de datos y sentará unos principios para el flujo interno e internacional de datos.

No obstante lo señalado en nuestra Carta Magna, la primera norma que desarrollará la provisión del artículo 18 tardará casi 14 años en publicarse: la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos personales, conocida como LORTAD.

La LORTAD presentaba en su haber dos aspectos abiertamente positivos: la definición de los principios básicos en materia de protección de datos<sup>7</sup> y el reconocimiento y tutela jurídica de la libertad informática; y un aspecto negativo: una pléyade de excepciones significativas al régimen general, que en la práctica matizaban indeseablemente el ejercicio de un verdadero derecho fundamental.

Por su parte, el Tribunal Constitucional –intérprete competencial máximo de la Constitución– marcará un hito fundamental al reconocer *el derecho fundamental* a la protección de datos en la STC 94/1998, de 4 de mayo (NSJ003080), al señalar en su fundamento jurídico sexto que el artículo 18.4 de la Constitución:

No solo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, sino que consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que concierne a cada persona [...], pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos.

La publicación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, la Directiva) obligará a los Estados miembros a desarrollar una legislación interna mucho más compleja y completa en materia de protección de datos, más acorde con el desarrollo de la informática e internet que se venía produciendo desde los principios de la década de los noventa. En España la trasposición se llevó a cabo mediante la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

La LOPD, y su posterior reglamento de desarrollo, constituyen ya una regulación bastante completa de la materia. La LOPD establece con mayor precisión el concepto de dato personal, cuáles son los derechos básicos de los ciudadanos frente a los tratamientos de sus datos personales (los conocidos coloquialmente como derechos ARCO)<sup>8</sup>, el principio general

<sup>7</sup> Partiendo del principio cardinal según el cual debe existir una congruencia y la racionalidad en la utilización de los datos personales, en cuya virtud ha de mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita.

<sup>8</sup> Acrónimo de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento.

de prestación del consentimiento para la realización de tratamientos de datos, la figura del responsable del tratamiento como centro de imputación de obligaciones, la del encargado como auxiliar necesario del responsable del tratamiento en el tráfico de datos en las relaciones institucionales y empresariales, la creación y mantenimiento de ficheros de titularidad pública y privada, las transferencias internacionales de datos y el régimen de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). Todas estas novedades se complementan además en la LOPD con el establecimiento de un régimen sancionador que prevé elevadas cuantías económicas para los infractores, hecho que situará a una normativa hasta entonces medio desconocida por el público en general en una cuestión de rabiosa actualidad para muchas empresas y ciudadanos, que tuvieron que adaptar sus procedimientos para evitar sus temidas consecuencias.

Recién publicada la LOPD, el Tribunal Constitucional dio un espaldarazo definitivo al derecho fundamental a la protección de datos cuando resolvió favorablemente un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra los artículos 21.1 («Comunicación de datos entre Administraciones Públicas») y 24.1 y 2 («Otras excepciones a los derechos de los afectados») de la LOPD por vulneración de los artículos 18.1 y 4 y 53.1 de la CE.

El Tribunal Constitucional entendió que el artículo 21.1 vulneraba la Constitución porque permitía (como excepción a la regla de la necesidad del consentimiento del afectado del artículo 11 de la LOPD) que mediante una *disposición reglamentaria* se exceptuase la necesidad de obtener el consentimiento del titular afectado, excepción que el Tribunal Constitucional entendió que solo podía establecer una norma con rango ley.

Por su parte los apartados 1 y 2 del artículo 24 eximían a la Administración de cumplir con las obligaciones de información y advertencia a los interesados a las que se refiere el artículo 5.1 y 2 de la LOPD si tal cosa pudiere impedir o dificultar gravemente las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas o cuando afectase a la persecución de infracciones administrativas. Dichas disposiciones también fueron declaradas inconstitucionales.

Pero lo más relevante de la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (NCJ051718) fue que el Tribunal Constitucional aprovechó para pronunciarse claramente sobre el derecho fundamental a la protección de datos y deslindarlo del derecho a la intimidad, al señalar en sus fundamentos 5.º y 6.º:

Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, *atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley*, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de

este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran.

[...] La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio [NFJ068939], FJ 8). En cambio, *el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado.*

## 2. El régimen legal del derecho a la protección de datos en la actualidad

Desde 1999 la revolución tecnológica no ha cesado. Internet ha pasado de ser anecdótico a ser la realidad cotidiana de muchísimas personas. Los gigantes de las redes sociales, de telefonía, los buscadores de información y las grandes empresas de distribución han puesto a la orden del día la importancia de contar con enormes bases de datos sobre el comportamiento de las personas. Incluso se ha modificado en muy pocos años la manera en la que las personas se comunican unas con otras.

Esta nueva realidad ha obligado al legislador a hacerse eco de nuevas amenazas y necesidades del derecho a la protección de los datos personales.

En la Unión Europea la legislación anterior ha sido modificada con la entrada en vigor en mayo de 2018 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (conocido coloquialmente como el Reglamento General de Protección de Datos o RGPD).

El Reglamento General de Protección de Datos es una norma directamente aplicable a todos los países de la Unión Europea. Supone, frente al régimen anterior, un avance claro hacia la homogeneización a nivel europeo, puesto que no requiere que los Estados miembros aprueben normas de trasposición ni precisa, en principio, de detalladas normas de desarrollo o aplicación, como sí sucedía en el caso de la Directiva, a la que deroga.

Bajo la Directiva, existían divergencias en la ejecución y aplicación de la misma que podían provocar un distinto nivel de protección en los Estados miembros. Estas diferencias podían constituir, por lo tanto, un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión, falsear la competencia e impedir que las autoridades cumplan las funciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión.

Además de lograr la homogeneización de la regulación aplicable entre los países miembros, el RGPD ha aprovechado para introducir toda una serie de novedades entre las que destacamos:

a) **Ámbito de aplicación.**

El RGPD amplía el ámbito de aplicación territorial a los responsables y a los encargados del tratamiento no establecidos en la Unión Europea cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con la oferta de bienes o servicios o con el control del comportamiento de las personas que se encuentran en la Unión<sup>9</sup>.

b) **Delegado de protección de datos (DPD).**

Una de las novedades estrella del RGPD es la creación de la figura del delegado de protección de datos, nuevo cargo que debe formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o bien actuar en el marco de un contrato de servicios suscrito con cualquiera de ellos<sup>10</sup>.

El delegado de protección de datos tiene, como principales funciones la de: a) informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los trabajadores sobre las obligaciones que impone la normativa de protección de datos; b) supervisar el cumplimiento de la normativa; c) asesorar en relación con la evaluación de impacto relativa a la protección de datos; d) cooperar con la AEPD, y e) actuar como punto de contacto para cuestiones relativas al tratamiento.

El delegado actuará siempre con plena autonomía en el ejercicio de sus funciones y el responsable o el encargado del tratamiento deberán facilitarle todos los recursos que precise para el ejercicio de su cargo.

c) **Principios.**

El RGPD incorpora los principios de «responsabilidad proactiva» y «enfoque de riesgo», que obligan a los responsables del tratamiento a llevar a cabo una labor activa en el cumplimiento de sus obligaciones.

---

<sup>9</sup> El propósito de esta medida es la de evitar que compañías establecidas fuera de la UE y que estén realizando tratamiento de datos personales de residentes en la Unión queden fuera del marco regulador del RGPD.

<sup>10</sup> Será necesario designar un delegado de protección de datos en los casos siguientes:

- Cuando el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad o un organismo público (excepto juzgados y tribunales). En este caso, se puede designar un único delegado de protección de datos para diversas de estas autoridades u organismos.
- Cuando el tratamiento requiere la observación habitual y sistemática de personas interesadas a gran escala.
- Cuando el tratamiento tiene por objeto categorías especiales de datos personales o datos relativos a condenas o infracciones penales.

d) **Nuevas categorías especiales de datos.**

Se introducen, además de los ya existentes bajo la Directiva, las siguientes nuevas categorías de datos: genéticos<sup>11</sup> y biométricos<sup>12</sup>.

e) **Consentimiento.**

En esta materia se introduce una notabilísima novedad que es la de que el RGPD requiere que la persona interesada preste el consentimiento mediante una declaración inequívoca o una acción afirmativa clara. *A los efectos del RGPD, la utilización de casillas para prestación del consentimiento ya marcadas, el consentimiento tácito o la inacción no constituyen un consentimiento válido.*

El RGPD contempla algunas situaciones en las que el consentimiento ha de ser explícito.

f) **Derechos de las personas interesadas.**

El RGPD incorpora el derecho al olvido como un derecho vinculado al derecho de supresión, al derecho a la limitación del tratamiento y al derecho a la portabilidad.

g) **Medidas de seguridad.**

En el régimen anterior se establecían una serie de medidas de seguridad que debían aplicarse en función de los distintos tipos de datos que fueran objeto de tratamiento (de contacto, información bancaria, salud, etc.). Pues bien, ahora el RGPD, de acuerdo con el nuevo principio de «responsabilidad proactiva», obliga a que sean el responsable y el encargado del tratamiento quienes decidan, tras realizar la correspondiente evaluación de los riesgos asociados a cada tratamiento, las medidas técnicas y organizativas adecuadas de conformidad con el riesgo que conlleve el tratamiento<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Aquellos datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionan una información única sobre la fisiología o la salud de esta persona, obtenidas en particular del análisis de una muestra biológica.

<sup>12</sup> Aquellos datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física, que permiten o confirman la identificación única de esta persona (imágenes faciales, datos dactiloscópicos, etc.).

<sup>13</sup> En las grandes organizaciones, como norma general, este análisis de riesgos y la determinación de las medidas/controles a implantar puede llevarse a cabo utilizando alguna de las metodologías o estándares de análisis de riesgo existentes: Magerit, ISO, etc. En organizaciones de menores dimensiones que lleven a cabo tratamientos de poca complejidad, este análisis puede ser el resultado de una reflexión documentada sobre las implicaciones de los tratamientos en los derechos y las libertades de las personas interesadas. Esta reflexión debe analizarse en el contexto en que se lleva a cabo el tratamiento (medios, instalaciones, usuarios etc.) y tiene que dar respuesta a una serie de cuestiones básicas relativas al tipo de datos, su utilización y amenazas plausibles.

Son muchas las cuestiones que pueden impactar de forma negativa en los derechos y libertades de las personas si se tratan inadecuadamente los datos. Por lo tanto, es muy importante que, si no se

**h) Notificación de violaciones de seguridad.**

Otra de las novedades estrella del RGPD. No nos detendremos mucho porque nos referiremos a ella en el apartado relativo a la ciberseguridad.

**i) Inscripción y notificación de ficheros.**

El RGPD ha suprimido la necesidad de crear formalmente los ficheros y notificarlos a los respectivos registros de protección de datos de las autoridades de control (*i. e.* AEPD).

**j) Encargo del tratamiento.**

El RGPD amplía el contenido mínimo del contrato de encargo de tratamiento entre responsable y encargado, a la par que establece algunas obligaciones específicas para los encargados del tratamiento que no se circunscriben al ámbito del contrato que los vincula al responsable y que las autoridades de protección de datos tienen que supervisar separadamente. Por ejemplo, los encargados tienen que mantener un registro de actividades de tratamiento.

**k) Mecanismos de certificación.**

El reglamento promueve los mecanismos de certificación como instrumentos útiles para demostrar el grado de cumplimiento de la normativa.

**l) Consentimiento de los menores.**

De acuerdo con el RGPD, en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información (principalmente las operaciones realizadas a través de internet), el consentimiento de los menores solo es válido si tienen más de 16 años. No obstante, se permite que los Estados miembros de la Unión Europea rebajen la edad hasta los 13 años. En España se ha fijado esta edad en los 14 años, pero no solo en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información, sino para cualquier tratamiento de datos de menores, excepto que una norma con rango de ley exija la asistencia de los titulares de la potestad parental o tutela.

**m) Documentación de las operaciones de tratamiento: registro de actividades de tratamiento.**

Los responsables y encargados del tratamiento tienen que llevar un registro de las actividades de tratamiento que lleven a cabo. Este registro debe contener, respecto de cada actividad, la información que establece el artículo 30 del RGPD.

---

utiliza una metodología estándar, fácilmente auditable y objetivable, se documenten detalladamente las cuestiones que se han tenido en cuenta a la hora de determinar el nivel de riesgo existente y concretar las medidas de seguridad que hay que aplicar. Eso nos servirá para cumplir con el principio de responsabilidad proactiva.

n) **Derecho de información.**

El reglamento configura la información como un derecho de las personas afectadas y amplía las cuestiones sobre las que es necesario informarlas.

o) **Ventanilla única.**

Este sistema permite ahora que los ciudadanos y también los responsables establecidos en diferentes Estados miembros o que hagan tratamientos que afecten a diferentes Estados miembros tengan como interlocutora una única autoridad de protección de datos.

p) **Régimen sancionador.**

La Directiva permitía a los Estados miembros<sup>14</sup> decidir acerca del régimen de sanciones que debía aplicarse en caso de incumplimiento<sup>15</sup>. Cada Estado miembro procedió a establecer un régimen sancionador diferente<sup>16</sup>. El RGPD ha dado un paso de gigante en esta materia y ha establecido un régimen sancionador muy gravoso en el que, como en la normativa de derecho de la competencia, se tiene en cuenta el volumen de facturación de las empresas que infringen la normativa de protección de datos.

Destacaremos aquí que las sanciones por conductas graves pueden llegar a ser de hasta 10 millones de euros o un 2 % del volumen de negocio del ejercicio anterior (la que sea mayor) y, para los casos muy graves, de hasta 20 millones de euros o un 4 % del volumen de negocio del ejercicio anterior (la que sea mayor).

Sin perjuicio de que el RGPD es directamente aplicable a todos los Estados miembros, España aprovechó para aprobar la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), que no solo ha adaptado el ordenamiento jurídico nacional al RGPD, sino que también ha introducido aclaraciones con vocación de servir de ayuda a responsables y encargados de tratamiento a la hora de llevar a cabo operaciones de tratamiento con mayor seguridad jurídica. A su vez la LOPDGDD

<sup>14</sup> Lo que en la práctica podía significar que las empresas pudiesen llevar sus tratamientos de datos a Estados miembros con un régimen sancionador más laxo, en una suerte de «data forum shopping».

<sup>15</sup> Decía su artículo 24 que: «Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar la plena aplicación de las disposiciones de la presente Directiva y determinarán, en particular, las sanciones que deben aplicarse en caso de incumplimiento de las disposiciones adoptadas en ejecución de la presente Directiva».

<sup>16</sup> En el caso español el sistema era gradual de sanciones leves, graves y muy graves, con infracciones que podían alcanzar, en los casos más graves, la imposición de multas de hasta 600.000 euros (régimen que se matizó por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible). El sistema italiano podía alcanzar sanciones de hasta 300.000 euros, pero podía duplicar o cuadruplicar esta cantidad en el caso de que concudiesen ciertas circunstancias, estableciéndose además incluso responsabilidad penal y penas de privación de libertad en algunos supuestos. En el Reino Unido el Data Protection Act de 1998 preveía sanciones de hasta 500.000 libras esterlinas.

ha aprovechado para incorporar, entendemos que por su cercanía con la materia que nos ocupa, 17 nuevos «derechos digitales» con el objetivo de dar respuesta a cuestiones derivadas de la incorporación de las nuevas tecnologías en el día a día de los ciudadanos<sup>17</sup>.

Como señala Barrio (2018), toda esta regulación presenta defectos, insuficiencias y algunos contenidos son una mera reiteración de otros mandatos ya en vigor en diferentes normas del ordenamiento jurídico. También a veces reconoce derechos inespecíficos o normas promocionales o programáticas, que no cuentan con garantías precisas para su cumplimiento (para. 9).

Ejemplo de esto último es el derecho a la portabilidad en las redes sociales al que se refiere el artículo 95. Este derecho permite, siempre que sea técnicamente posible, que los usuarios tengan derecho a recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a una red social a otra plataforma. Sin embargo, en la práctica este derecho solo será posible en la medida en la que los usuarios dispongan de los contenidos que hayan facilitado a dicha red social, de acuerdo con las normas de participación en las mismas (*i. e.* pueden haber renunciado previamente a este derecho<sup>18</sup>, etc.).

Mayor problemática plantean ciertos derechos directamente relacionados con la protección de datos: el derecho de rectificación y actualización de informaciones en medios digitales en internet (arts. 85 y 86) y el derecho al olvido en internet (arts. 95 y 96).

Entendemos aquí que merecen una reflexión más detallada por la problemática que plantean: aunque su nacimiento viene propiciado por el protagonismo indiscutible de internet en la sociedad actual, su cumplimiento se plantea un tanto difícil en el entorno difuso de internet; y, por el otro, son susceptibles de colisionar con el derecho fundamental a la información.

### 3. El derecho al olvido en el nuevo entorno tecnológico

#### 3.1. Concepto

A pesar de que el término ha sido acuñado de esa manera, más que del «derecho al olvido» deberíamos de hablar del «derecho a ser olvidado» es decir: el derecho a que un dato o contenido relativo a una persona deje de ser asequible para terceras personas en internet.

<sup>17</sup> En este sentido la norma reconoce el derecho a acceder a internet, a la seguridad digital, al denominado testamento digital (acceso al contenido digital de una persona una vez fallecida), el derecho a la educación digital, el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el entorno laboral, el de desconexión digital, los derechos en relación con la videovigilancia, etc.

<sup>18</sup> Siempre y cuando claro está, la renuncia sea válida y no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros.

La AEPD atina al definirlo como aquel derecho que tiene un ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple con los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa.

Ningún sentido tendría que los particulares pudiesen ejercitar sus derechos ante las empresas e instituciones responsables del tratamiento de sus datos si luego estos permanecieran reproducidos en sitios web *sine die*, accesibles a cualquier persona.

El derecho al olvido no es más que una extensión de los tradicionales derechos a la rectificación, oposición y cancelación de datos personales con la diferencia de que, mientras que los primeros se ejercitan ante un responsable del tratamiento en particular, el derecho al olvido pretende lo mismo en relación con la información o perfil que de una persona se haya podido elaborar y sea susceptible de ser encontrado en internet. Pongamos un ejemplo claro: una persona podría solicitar la rectificación o cancelación de sus datos personales que apareciesen en una web concreta. Sin embargo, todas las reproducciones, *links* y contenidos de la misma que hayan podido reproducirse en otros entornos de internet quedarían al margen del ejercicio de ese derecho frente al responsable, y la finalidad de dicho ejercicio quedaría del todo frustrada.

El derecho al olvido no puede ejercitarse al mero arbitrio de cualquier particular: requiere que concurran los presupuestos legales para su ejercicio. De otra manera se imposibilitaría el derecho a la información y a la libertad de prensa, derechos fundamentales con los que siempre está en riesgo de colisionar<sup>19</sup>.

Su primera formulación fue jurisprudencial. El caso paradigmático, la sentencia del caso Google. Merece la pena que nos detengamos a analizar este caso porque ha sentado las bases de su ejercicio.

## 3.2. La sentencia Google

Antes del RDPG el derecho al olvido era un derecho que no tenía un claro reconocimiento legal, pero que se desprendía del espíritu y finalidad de la normativa.

---

<sup>19</sup> Al que se refiere el artículo 20 de la CE:

Se reconocen y protegen los derechos:

a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones* mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

[...]

d) *A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

El 13 de mayo de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó una importantísima sentencia contra el buscador de internet Google en materia de protección de datos personales (en adelante, la Sentencia)<sup>20</sup>.

El proceso tuvo su origen en la reclamación planteada por D. Mario Costeja Fernández ante la AEPD contra La Vanguardia Ediciones, SL, Google Spain y Google Inc. En dicha reclamación el Sr. Costeja pretendía la eliminación de cierta información sobre un embargo contra su persona acaecido en 1998, información que había quedado absolutamente desactualizada en la fecha de la reclamación. En efecto, cuando introducía sus datos en el motor de búsqueda de Google, el resultado que obtenía se vinculaba a dos páginas del periódico *La Vanguardia*, del 19 de enero y del 9 de marzo de 1998, en las que aparecía un anuncio de una subasta de inmuebles a causa de un embargo por deudas a la Seguridad Social.

Mediante esta reclamación, el Sr. Costeja González solicitaba a la AEPD que:

- Obligase a La Vanguardia a eliminar o modificar su publicación para que no apareciesen sus datos personales.
- Obligase a Google Spain o a Google Inc. a que eliminasen u ocultasen sus datos para que dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia.

La AEPD entendió que la reclamación contra La Vanguardia no procedía puesto que la publicación había tenido lugar por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y tenía por objeto dar la máxima publicidad a la subasta para conseguir la mayor concurrencia de licitadores. Sin embargo, en los casos de Google Spain y Google Inc. el desenlace fue distinto: ordenó la eliminación en sus buscadores de la información desactualizada acerca del Sr. Costeja. La AEPD consideró que quienes gestionan motores de búsqueda están sometidos a la normativa en materia de protección de datos, dado que llevan a cabo un tratamiento de datos del que son responsables y actúan como intermediarios de la sociedad de la información.

Google Spain y Google Inc. interpusieron sendos recursos contra dicha resolución ante la Audiencia Nacional, que decidió acumularlos y plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia europeo.

No interesan aquí las cuestiones que se dilucidaron acerca de la aplicación de la Directiva a un responsable situado fuera de la Unión Europea (Google Inc.), puesto que además es una cuestión que ha resuelto ya el RGPD al establecer su ámbito de aplicación<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> STJUE (Gran Sala) de 13 mayo de 2014. TJCE 2014\85 (NCJ058436).

<sup>21</sup> En el caso de esta sentencia el TJUE entendió que sí resultaba aplicable la Directiva.

Sin embargo, la segunda parte de la Sentencia resuelve precisamente la cuestión de si la actividad de los buscadores como proveedores de contenidos<sup>22</sup> supone un «tratamiento de datos» a los efectos de la Directiva, y también la de si el interesado puede tener derecho a ejercitar sus derechos ante el buscador.

El TJUE resolvió en favor del Sr. Costeja al entender:

- Que el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento, en el sentido de la Directiva.
- Que debe distinguirse en este terreno la responsabilidad del motor de búsqueda de la del editor de un contenido en una web. Mientras que el primero puede verse obligado a retirar la «indexación» de búsquedas, el segundo puede tener un interés legítimo en que la publicación se mantenga al amparo de otro derecho fundamental (*i. e.* derecho de información y libertad de prensa)<sup>23</sup>.
- Que los interesados deben poder ejercitar sus derechos cuando los datos sean inexactos, inadecuados, no pertinentes y excesivos en relación con los fines del tratamiento, no estén actualizados o se conserven durante un período superior al necesario, a menos que se imponga su conservación por fines históricos, estadísticos o científicos.

No obstante el TJUE entendió que en estos casos se debe evaluar primero si concurren los requisitos necesarios para que el derecho al olvido pueda reconocerse y posteriormente sopesar si debe prevalecer sobre el derecho a la información. En efecto, la supresión de vínculos de la lista de resultados de un buscador podría, en función de la información de que se trate, tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión.

Por lo tanto resulta preciso buscar, en dichas situaciones, un justo equilibrio. Para ello se debe atender a la naturaleza de la información de que se trate y al carácter más o menos sensible que tenga para la vida privada de la persona afectada, y sopesar el interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública.

---

<sup>22</sup> En concreto, actividad que consiste en localizar la información publicada o incluida en la red por terceros, indexarla de forma automática, almacenarla temporalmente y finalmente ponerla a disposición de los internautas con un cierto orden de preferencia, cuando dicha información contenga datos personales de terceras personas.

<sup>23</sup> El tratamiento por parte del editor de una página web, que consiste en la publicación de información relativa a una persona física, puede, en su caso, efectuarse con fines exclusivamente «periodísticos» y beneficiarse, de este modo, en virtud del artículo 9 de la Directiva, de las excepciones a los requisitos que esta establece, mientras que ese no es el caso en el supuesto del tratamiento que lleva a cabo el gestor de un motor de búsqueda.

En este sentido el TJUE en la Sentencia de 24 septiembre de 2019, C-136/2017 resuelve un caso en el que los interesados ven desestimadas sus solicitudes dirigidas a Google para la retirada de varios enlaces que dirigían a páginas web publicadas por terceros, en las que se incluían datos personales especialmente protegidos.

El Tribunal de Justicia europeo recuerda que en estos casos debe tenerse en cuenta la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales del interesado y ponderar si la inclusión de dichos enlaces resulta estrictamente necesaria para proteger la libertad de información de los internautas potencialmente interesados en acceder a dicho contenido.

En dicha sentencia el TJUE entiende además que para poder conciliar el derecho a la libertad de información de los internautas con los derechos fundamentales de una persona cuyos datos personales salen como resultado de búsquedas en internet, el gestor de un motor de búsqueda debe estimar la solicitud de retirada de enlaces que dirigen a páginas web en las que figuran datos personales referidos a procedimientos judiciales *cuando los datos se refieran a una etapa anterior del procedimiento judicial, de forma que ya no se ajusten a la situación actual*.

Como colofón, el Tribunal europeo declara que aunque *a priori* los derechos del interesado prevalecen sobre la libertad de información de los internautas, debe valorarse siempre, y caso por caso, la naturaleza de la información, el carácter sensible de esta para la vida privada del interesado y el interés público de los internautas en disponer de la información.

### 3.3. El derecho al olvido en registros públicos

Tres años después de la sentencia del caso Google, el TJUE<sup>24</sup> tuvo ocasión de matizar el alcance del derecho al olvido en el caso de que se pretenda ejercitar contra datos personales que aparecen en el Registro Mercantil.

El origen de la cuestión era la pretensión de un ciudadano italiano de que la Cámara de Comercio de Lecce hiciera anónimos los datos que le vinculaban con un procedimiento concursal de una sociedad en la que se había visto involucrado años atrás como liquidador. El interesado argumentaba que había transcurrido un tiempo suficiente como para que no existiese interés en mantener dicha información accesible al público y que dicha información estaba perjudicando su reputación de cara a futuras operaciones mercantiles.

Los tribunales italianos plantearon la cuestión prejudicial ante el TJUE acerca de si los datos personales que figuran en los registros de sociedades deben estar disponibles de forma ilimitada para destinatarios indeterminados o si, por el contrario, el acceso a los mis-

<sup>24</sup> STJUE (Sala Segunda) de 9 marzo de 2017. TJCE 2017\76.

mos debe limitarse en el tiempo, restringirse a determinadas personas según cada caso o incluso eliminarse según los criterios del responsable de los datos.

El TJUE entendió que debía realizarse una ponderación entre el derecho al respeto de la vida privada manifestado en limitar el acceso a los datos personales contenidos en los registros de sociedades y el derecho de publicidad e información que tienen los operadores en el mercado.

En este sentido, señaló el TJUE que la publicidad de los registros de sociedades tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre las sociedades y los terceros y proteger, en particular, los intereses de los terceros en relación con las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, ya que dichas sociedades solo ofrecen su patrimonio social como garantía respecto a ellos. El TJUE observó que pueden producirse situaciones en las que se necesita disponer de datos personales recogidos en el registro de sociedades, incluso muchos años después de la situación que generó su inscripción (*i. e.* liquidación de una empresa), dado que existen multitud de derechos y relaciones jurídicas que pueden vincular a una sociedad con distintos actores en varios Estados miembros. Asimismo existe una auténtica heterogeneidad en los plazos de prescripción previstos por las diferentes normativas de los Estados miembros, por lo que resulta imposible identificar un plazo único desde el cual la inscripción de estos datos en el registro y su publicidad ya no sea necesaria.

Ponderando este derecho a la publicidad e información de terceros con el derecho a la protección de datos personales, el TJUE consideró que debe prevalecer la necesidad de proteger los intereses de terceros en relación con las sociedades mercantiles y garantizarse la seguridad jurídica y la lealtad de las transacciones comerciales.

No obstante, resulta interesante destacar que el propio TJUE dejó abierta la posibilidad de que los Estados miembros puedan limitar la publicidad de los datos que consten en los registros mercantiles una vez que transcurra un plazo suficientemente largo y cuando existan razones excepcionales y justificadas que así lo aconsejen.

### 3.4. El ejercicio del derecho al olvido

Hemos visto como se ha ido construyendo el derecho al olvido en la jurisprudencia del TJUE. El vigente artículo 17 del RGPD ya lo ha incorporado y lo reconoce como un derecho específico y autónomo, a la par que establece unas pautas para su ejercicio. Toda aquella persona que pretenda ejercitar su derecho al olvido deberá justificar ante el responsable del tratamiento que concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Los datos personales ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo.

- b) El tratamiento no se base en otro fundamento jurídico.
- c) El interesado se oponga al tratamiento y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento.
- d) Los datos personales hayan sido tratados ilícitamente.
- e) Los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento.
- f) Los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

El responsable del tratamiento podrá denegar el ejercicio del derecho cuando el tratamiento resulte necesario para: ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; cumplir con alguna obligación legal que requiera dicho tratamiento; cumplir una misión realizada en interés público; el interés público o en el ámbito de la salud; fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos; o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Como consecuencia de la sentencia Google, el buscador habilitó un formulario en el que los interesados pueden exponer las razones para el ejercicio de su derecho al olvido, y el buscador atenderla cuando concurren causas justificadas<sup>25</sup>.

El propio formulario señala que a la hora de estudiar la reclamación se buscará un equilibrio entre los derechos a la privacidad de los usuarios afectados, el interés público que pueda tener esa información y el derecho de otros usuarios a distribuirla<sup>26</sup>.

En caso de que Google no diera respuesta a una reclamación o fuera denegada, los interesados pueden interponer una reclamación ante la AEPD para que resuelva. Esta decisión será recurrible ante los tribunales.

Llegados a este punto hemos señalado que el derecho al olvido no es infalible y que su ejercicio puede verse constreñido en la práctica por la existencia de otros derechos fundamentales. Existen voces contrarias al mismo que entienden que el que lo ejercita (piénsese en el caso de políticos en casos de corrupción) se olvida en ocasiones de que la reputación no es exactamente algo que le pertenece. La reputación no deja de ser el conglomerado de

<sup>25</sup> Puede consultarse el formulario en el siguiente enlace: <[https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint\\_type=rtbf&visit\\_id=636856772235123441-2995422405&rd=1](https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=636856772235123441-2995422405&rd=1)>.

<sup>26</sup> Y, en previsión ante la avalancha de ejercicio del derecho en casos de personas implicadas en casos de corrupción, Google ya adelanta que «es posible que rechacemos retirar cierta información sobre estafas financieras, negligencias profesionales, condenas penales o conductas de funcionarios».

cosas que la gente piensa de una persona y no se puede proceder a borrar el cerebro de las personas de la noche a la mañana. En este sentido, no debe olvidarse, como muchos asesores de imagen bien saben, que en ocasiones puede ser más útil para cualquier persona hacer pública una rectificación de sus palabras o acciones antes que proceder, bajo la mayor de las sospechas posibles, a borrar su historial online bajo la atenta mirada de los internautas. En cualquier caso, cuando se decida su ejercicio deberán cumplirse las condiciones y requisitos mencionados anteriormente.

## 4. La tecnología *blockchain* y la protección de datos

### 4.1. ¿Qué es *blockchain*?

La tecnología *blockchain* está en boga. Se trata de una nueva disrupción tecnológica que ha sido calificada por algunos como una nueva revolución industrial<sup>27</sup>. Su afianzamiento plantea interesantes retos al derecho a la protección de datos personales.

A pesar de la sofisticación que el empleo de todo anglicismo sugiere, la idea de la tecnología *blockchain* es teóricamente tan simple como la crear una base de datos descentralizada, distribuida y enlazada mediante una serie de cadenas que unen bloques.

Apuntaremos que no existe una sola red *blockchain*, sino tantas como decidan crearse. Además las redes de este tipo pueden ser públicas o privadas en función de quiénes puedan participar en las mismas, hecho al que posteriormente haremos referencia por sus implicaciones en materia de protección de datos.

Una red *blockchain* funciona en la mayoría de los casos de la siguiente manera: cada uno de sus usuarios participantes en la misma cuenta con una clave pública (un código alfanumérico) que le identifica ante los demás usuarios. Esta clave pública se encuentra correlacionada matemáticamente con una clave privada, conocida únicamente por el usuario, que le permite revelar todos aquellos datos que se encuentran encriptados bajo su clave pública. De esta manera los usuarios actúan en *blockchain* en principio anónimamente, salvo que existan otros elementos que les permitan identificarse (por ejemplo, en el caso en el que se revelasen las claves).

Mediante la utilización de estas claves se producen intercambios. El objeto del intercambio puede ser de muy variada naturaleza. En la fecha de realización de este trabajo el

---

<sup>27</sup> Calificación que casi resulta un mantra para los numerosos defensores de esta tecnología. Entre otros podemos citar a Pollock (2018).

principal intercambio que se produce en las redes existentes a nivel mundial es el de las polémicas criptomonedas<sup>28</sup>.

Sin embargo, en un futuro próximo los intercambios que se producirán en este tipo de redes apuntan a dar ambiciosas soluciones a problemas de la vida real: una red blockchain puede documentar verdaderos contratos inteligentes con cláusulas autoejecutables y verificables por todos sus participantes<sup>29</sup>, utilizarse para habilitar un sistema de votación fiable, emplearse para realizar todo tipo de intercambios financieros o utilizarse para crear y documentar registros de todo tipo (civil, de la propiedad, de propiedad intelectual etc.).

Sea como fuere, toda la información que se intercambia en una red blockchain por sus participantes es almacenada en bloques de datos enlazados, como una cadena, que se encriptan para que no puedan ser modificados ni alterados en el futuro de ningún modo<sup>30</sup>. Los bloques se ordenan de forma cronológica. Cada bloque se une al siguiente bloque formando una cadena gracias a que cuenta con un guarismo (denominado hash)<sup>31</sup> del bloque que le precede. Esta característica impide que un bloque que tuviese hash erróneo pudiera introducirse violentamente en la cadena y ser replicado. Para verificar las operaciones los

---

<sup>28</sup> De carácter y naturaleza jurídica controvertida (se ha dicho que son un medio de pago, títulos valores, dinero digital o bienes muebles digitales, entre otras muchas cosas), las criptomonedas se intercambian en las redes blockchain entre sus usuarios que pueden verificar, en todo momento, la fecha y valor efectivamente transmitido en cada transacción. Plantea interesantes problemas de tributación, como recientemente ha señalado en un magnífico estudio González de Frutos (2018).

<sup>29</sup> La idea de un contrato inteligente no es ni mucho menos nueva, pero la tecnología blockchain supone un avance que posibilita que pase del mundo de las ideas a la realidad cotidiana. Ya aventuró esta posibilidad en un interesante estudio Szabo (1997).

Hoy día ya con esta tecnología de cuerpo presente existen interesantísimos estudios, entre los que citamos el de Werbach y Cornell (2017), o el también interesante desarrollado por Kaulartz y Heckmann (2016).

<sup>30</sup> En realidad sí puede modificarse, lo único que dicha modificación entrañaría la dificultad de ser consensuada por la mayoría simultánea de los nodos de la red, hecho que en la práctica dificulta muchísimo cualquier alteración. En el caso de las redes abiertas, alcanzar un consenso para producir una alteración será muchísimo más difícil que en una red privada en la que los participantes se conozcan y puedan llegar a este tipo de arreglos. Por otro lado, no son ajenas a los piratas informáticos, conocidos como *hackers*, como se demostró en múltiples ciberataques que se han producido hasta la fecha a las distintas redes con el objetivo de robar criptomonedas. Piénsese que en el futuro estos mismos *hackers* tendrán incentivos para sustraer cualquier tipo de información interesante que sea susceptible de ser transmitida a través de una red blockchain.

<sup>31</sup> Un hash es un algoritmo matemático que transforma cualquier bloque arbitrario de datos en una nueva serie de caracteres con una longitud fija. Independientemente de la longitud de los datos de entrada, el valor hash de salida tendrá siempre la misma longitud. Este tipo de función hash no puede ser revertida (como sí sucede con la técnica de encriptación) para obtener información acerca de la fuente de información original. Esta cualidad de la función hash permite a cualquiera verificar la información que contiene sin necesidad de compartirla: una vez que el hash relativo a cierta información se graba en una red blockchain, puede verificarse si otra parte tiene esos mismos datos haciendo una comparación entre los hashes sin necesidad de comprobar la fuente de origen.

nodos u ordenadores del sistema desglosan los datos de las transacciones y los convierten en bloques de datos enlazados en forma de cadena.

Todos los participantes en una red blockchain tienen una copia de las transacciones que en la misma se verifican, de tal manera que la veracidad de la información cuenta con el aval de que todos los participantes tienen la misma información. Esta circunstancia permite que no se requieran terceros ajenos a la red para verificar las transacciones que en la misma se producen: todos los participantes cuentan en todo momento con la misma información, la misma versión y un medio seguro para transmitirla y conocerla (la criptografía).

## 4.2. Colisión entre la normativa de protección de datos y *blockchain*

La legislación de protección de datos ha sido diseñada para un mundo en el que los datos se recopilan, almacenan y procesan de manera centralizada por aquellos que realizan un tratamiento de datos en ficheros físicos o automatizados, ya sea como encargados o como responsables del tratamiento. Sin embargo venimos diciendo que blockchain parte de varios axiomas, entre los que destaca precisamente el axioma contrario, el de la descentralización.

Lo cierto es que en la filosofía de blockchain subyace la idea de que los individuos mantengan siempre el control de su actuación y que se relacionen entre sí evitando la intervención de terceras partes: los propios individuos validan estas actuaciones mediante el consenso existente entre los operadores de su red. Existen estudios que señalan las bondades que la consolidación de la tecnología blockchain traerá al mundo de la protección de datos<sup>32</sup>.

No obstante, en el estado actual de las cosas la compatibilidad de blockchain con la normativa de protección de datos plantea serios interrogantes.

Dejaremos a un lado la compleja casuística que puede derivarse de la ley aplicable para decir aquí que una red blockchain puede interferir con varias jurisdicciones<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Recomendamos a estos efectos la interesante lectura del artículo de Mainelli (2017).

<sup>33</sup> Simplemente mencionaremos la vocación expansiva con la que se ha planteado el RGPD. Su ámbito de aplicación territorial viene regulado en el artículo 3, que señala:

### *Artículo 3. Ámbito territorial*

1. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no.
2. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con:

Abordaremos la cuestión asumiendo que hablamos de una red blockchain sujeta al RGPD. En este caso los principales interrogantes a los que se debe dar solución para poder cumplir con la normativa son:

- La identificación de quiénes asumen los roles de responsables y encargados del tratamiento en un sistema por definición descentralizado.
- El ejercicio de los derechos por parte de los particulares (acceso, rectificación, cancelación, olvido...) toda vez que el talón de Aquiles de blockchain es precisamente el que los datos que se incorporan a su red se sellan y convierten en inmutables.
- La cuestión de cómo limitar el plazo de conservación de los datos: de acuerdo con la normativa, los datos personales deben mantenerse solo durante el tiempo necesario para cumplir con los fines para los que fueron recabados.
- Cómo garantizar la integridad y confidencialidad: en blockchain, por definición, todos los nodos participantes tienen acceso a los datos almacenados en la red (todos los nodos poseen una copia exacta de cada transacción realizada).

Estos interrogantes, y otros de menor importancia que nos dejamos en el tintero, deben ser resueltos para garantizar la coexistencia de la normativa con una tecnología cuyos principales atributos son precisamente la inmutabilidad de la información y la descentralización<sup>34</sup>.

---

a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o

b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión.

3. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público.

Con el fin de garantizar que las organizaciones no europeas puedan evitar la aplicación de la normativa de protección de datos simplemente por encontrarse fuera de la UE, el RGPD introduce una nueva disposición para considerar aplicable el mismo a las organizaciones o empresas extranjeras que ofrezcan productos o servicios a ciudadanos europeos. De esta manera se reemplaza el antiguo criterio de «medios» por el de «servicios».

El nuevo ámbito de aplicación conlleva el que una organización no establecida en la UE que esté procesando los datos personales de ciudadanos de la UE en actividades relacionadas con la oferta de productos o servicios a dichas personas o realizando un seguimiento, monitorización y estudio del comportamiento (como por ejemplo el seguimiento a través de cookies) deberá cumplir plenamente con el contenido del RGPD.

Será por tanto aplicable el RGPD a toda empresa extranjera que, aunque no tenga «equipos informáticos o medios» situados en la UE (como se requiere en virtud de la Directiva de protección de datos), realice una actividad real orientada de forma deliberada a personas o ciudadanos ubicados en la UE. Por lo tanto, cuando se entienda que a través de una red blockchain se está realizando una actividad de estas características, le será aplicable el RGPD.

<sup>34</sup> Recomendamos aquí la lectura del brillante artículo escrito por Finck (2017).

Para ello en primer lugar entendemos que deben distinguirse las redes blockchain «abiertas» de aquellas que son «cerradas». Una red abierta permite participar a cualquiera, mientras que una red privada solo admite la participación de un número discriminado de individuos. En los sistemas completamente cerrados existe un único propietario de la red blockchain que tiene competencia para dictar las normas de uso.

Desde el punto de vista de la privacidad, cada tipo de red presenta una serie de ventajas e inconvenientes.

Para proteger la confidencialidad de la información almacenada, sin duda el mejor de los esquemas posibles es el del sistema cerrado. En un sistema de este tipo siempre existirá una autoridad central (responsable del tratamiento) que permitirá identificar y proteger la confidencialidad, tanto de la información que se almacena como la de los individuos que en ella participan. Sin embargo, una red de este tipo será la menos habitual, puesto que su configuración es contraria a la filosofía de «no intermediación» de terceros que preside blockchain.

Los sistemas abiertos, mucho más frecuentes<sup>35</sup> en la actualidad, no permiten este control sobre los participantes ni sobre la información que se intercambia. Garantizar la confidencialidad y privacidad de lo que en ellos sucede presenta una mayor complicación.

El segundo problema que se puede presentar es el de determinar si las claves utilizadas para operar en una red blockchain, así como otros datos que se vuelcan en la misma, pueden ser considerados o no como datos personales.

Si partimos de la definición que da el RGPD:

«Datos personales»: Toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

En principio podríamos decir que en la medida en la que no se pueda identificar a una persona a través de cierta información no estaremos ante un dato personal. Sin embargo, la interpretación de cuándo se considera que no es «identificable» una persona se ha endurecido mucho en la legislación reciente.

---

<sup>35</sup> Al que se adscribe el célebre bitcói.

Para el Grupo de Trabajo del Artículo 29<sup>36</sup> solo estamos ante un verdadero dato anónimo y no personal cuando, una vez protegido mediante uno de los medios existentes, se previene irreversiblemente la identificación (Article 29 Working Party, 2014, p. 3).

En este sentido, las fórmulas más usuales utilizadas para almacenar datos en una red blockchain son el *texto abierto*, el *texto encriptado* o la *utilización de una «función hash»* que una la información a la cadena.

Los datos personales almacenados en texto abierto permiten a cualquiera acceder a los mismos, por lo que el empleo de esta fórmula no respeta la protección de los datos personales. Además almacenar de esta manera los datos no resulta tampoco operativo a nivel técnico, porque se necesita una mayor capacidad de almacenamiento que en el caso de un dato comprimido o encriptado.

Los datos encriptados se encuentran mejor protegidos, pero podrán ser revelados para aquel que cuente con la clave de encriptación. También podrán relacionarse con un sujeto, en particular cuando se produzca una transacción fuera de la cadena o al transformar criptomonedas en moneda fiat. Esta circunstancia obliga a considerarlos como datos personales y a cumplir con la legislación vigente, que los considera como pseudoanonimizados.

Es por ello que el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (Article 29 Working Party, 2014, pp. 23 y 24) ya dejó claro su criterio de que el concepto de dato personal incluye datos encriptados aunque se hayan utilizado algoritmos de hash, como los de las cadenas de bloques.

En el caso de que se utilice una función hash, esta técnica criptográfica permite generar, para cualquier tipo de documento, información o dato, un identificador (código alfanumérico) único. Mientras el dato no se modifique, este identificador resultante será siempre idéntico; en caso de la menor variación, el identificador será diferente. Por ello, el hash puede ser considerado como la huella digital de un dato específico.

Sin embargo no puede afirmarse que aun utilizando la función hash nunca pueda correlacionarse a un sujeto con los datos personales, pues pudiese darse el caso de que se conociese que determinadas funciones hash se corresponden con ciertos datos personales.

La técnica utilizada para convertir los datos en anónimos no solo debe ser lo suficientemente buena para que sea imposible identificar a una persona física, sino que también el proceso debe ser irreversible. Si no cumple con el requisito de la irreversibilidad, resultará de aplicación el RGPD.

---

<sup>36</sup> Se denomina así al grupo de trabajo europeo independiente que se creó a raíz del mandato establecido en el artículo 29 de la Directiva con el objetivo de estudiar y desarrollar cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y los datos personales.

### 4.3. Soluciones planteadas

Existen algunas propuestas para buscar la compatibilidad entre blockchain y la legislación de protección de datos, y solucionar algunos de los interrogantes que planteábamos en el apartado anterior.

Lamentablemente ninguna de ellas está exenta de controversia y parecen factibles para las cadenas de bloques privadas, pero no para las públicas.

Podríamos pensar, por ejemplo, en una blockchain que permitiese modificar los datos registrados manteniendo el cifrado de los mismos. Para llegar a esta solución sería necesaria la intervención de un tercero (responsable del tratamiento), pero sabemos que esta circunstancia comprometería el funcionamiento descentralizado de blockchain.

Se apunta también la posibilidad de utilizar la red blockchain únicamente para almacenar la información encriptada correspondiente a cada dato (los hashes), almacenando los datos personales en otra base de datos separada y gestionada por un responsable del tratamiento plenamente sujeto al RGPD. De este modo se garantizaría el principio de confidencialidad e integridad de los datos personales, puesto que los usuarios de la red solo tendrían acceso a hashes.

Adicionalmente, se podrían garantizar los derechos de las personas (acceso, rectificación, cancelación, olvido, etc.) sobre sus datos, que serían ejercitados modificando la base de datos personales separada, pero sin renunciar totalmente a los beneficios inherentes a la inmutabilidad que caracteriza la tecnología blockchain. Sin embargo, una solución así podría suponer mermas a la seguridad a la hora de manejar las dos bases de datos, si pensamos en el siguiente ejemplo: Si se produjera la circunstancia de que alguien conoce el conjunto de hashes utilizados por un sujeto o corporación y además dispusiera del conjunto de datos a los que dichos hashes se encuentran o pueden encontrarse asociados, podría intentar realizar operaciones de cruce con el resultado de que pudiese llegar a asociar un hash a ciertos datos personales. No se cumpliría con la exigencia de irreversibilidad y por lo tanto no quedaría garantizado el cumplimiento del RGPD. Con el objetivo de evitar lo anterior podría reforzarse la seguridad de los hashes acudiendo a técnicas de asociación con valores aleatorios (al modo al que se emplea un *token* en seguridad).

Otra solución pasaría por sofisticar la interacción dentro de la propia red blockchain entre ciertos usuarios de los mismos, mediante la creación de un «canal privado». Este canal permitiría la transmisión de información creada por dos o más usuarios que quisieran compartir información en privado dentro la red blockchain, es decir, sin que los demás nodos sepan qué contenido comparten. El resto de nodos (los que se encuentran fuera del canal privado) solo podrán conocer el hash de la información que se comparta en el canal privado.

A través de este canal privado podría producirse el intercambio de datos personales cifrados entre los usuarios del mismo, cumpliendo con lo establecido en la legislación de protección de datos. El ejercicio de derechos por parte de los particulares se podría garan-

tizar mediante la eliminación por parte de los usuarios del canal privado de la clave de descifrado que corresponda a los datos personales, en concreto que sufran la correspondiente modificación, rectificación o cancelación. De esta manera, una vez ejercitados los derechos, el registro antiguo permanecería inidentificable e inaccesible para toda la red (incluyendo el canal privado), pudiéndose crear un nuevo registro actualizado, que recibiría una nueva clave de cifrado. El resto de participantes en la red solo tendría acceso a los hashes de información privada que es compartida en la red.

No sabemos cuáles serán las diferentes soluciones que se irán adoptando conforme las redes blockchain se impongan como soluciones técnicas a problemas actuales. Sí que entendemos que ha merecido la pena apuntar aquí que en su planteamiento inicial suponen una colisión con la legislación de protección de datos, que debe evitarse mediante la adopción por parte de los desarrolladores de las soluciones pertinentes, en espera de que el legislador y los tribunales puedan apuntar otras soluciones *ad hoc*.

## 5. La creciente amenaza de los ciberataques y la protección de datos personales

Se calcula que el cibercrimen supone un 0,8 % del producto interior bruto mundial (Sánchez, 2018), y que es el tipo de delincuencia que más beneficio está generando a sus actores, solo por detrás del narcotráfico y la corrupción.

A través de internet y los dispositivos conectados los delincuentes buscan espiar, extorcionar y sustraer lo que se ha denominado como el «nuevo oro» de la economía: los datos, tanto personales como no personales.

En los últimos años ha tenido una tremenda repercusión la noticia del ciberataque a la compañía de información crediticia norteamericana Equifax, que tuvo que admitir en un comunicado que le habían sido sustraídos datos de 143 millones de personas en un ciberataque producido entre mayo y julio de 2017<sup>37</sup>. La información obtenida por los piratas informáticos incluyó números del seguro social, fechas de nacimiento, direcciones y, en algunos casos, números del carné de conducir, de tarjetas de crédito y otra documentación.

Frente a amenazas de semejante tipo, la nueva era digital en la que estamos inmersos no puede entenderse sin la ciberseguridad<sup>38</sup>, herramienta que consiste en la adopción de

<sup>37</sup> La noticia fue publicada en numerosos medios de comunicación. Está disponible en Agencia EFE (2017).

<sup>38</sup> El término «ciberseguridad» no se encuentra aceptado por la RAE en la fecha de redacción de este trabajo. Se trata de una traducción literal del término anglosajón *cybersecurity*, y como tal es aceptado por todo el sector como todas aquellas medidas de defensa y políticas encaminadas a evitar la delincuencia en el entorno/espacio de la informática e internet.

una serie de mecanismos de salvaguarda, defensa y respuesta frente a las amenazas, que resulta necesaria para aportar confianza y estabilidad a todo el entorno digital y, en consecuencia, a empresas, gobiernos y ciudadanos por igual.

El incremento exponencial de los ciberataques ha obligado al legislador europeo a adoptar una normativa exigente para dar una respuesta ágil a un problema común.

En el caso español, desde hace unos meses se encuentra en vigor el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información (en adelante, el Real Decreto-Ley), cuyo objeto es precisamente la trasposición de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión Europea, conocida como Directiva de Ciberseguridad.

El Real Decreto-Ley establece mecanismos para mejorar la protección frente a las amenazas, riesgos e incidentes que afectan a las redes y sistemas de información<sup>39</sup>, y que casi siempre implican un riesgo para los datos personales. Para lograrlo, se establece el principio de coordinación de las actuaciones realizadas a nivel nacional y europeo.

El Gobierno ha optado por extender el ámbito de aplicación a servicios tanto excluidos como no expresamente incluidos en la Directiva de Ciberseguridad, con el objetivo darle a la norma española un enfoque global.

Los sujetos obligados por el Real Decreto-Ley son:

- a) *Los establecimientos permanentes situados en España<sup>40</sup> y los operadores establecidos<sup>41</sup> en España que presten servicios esenciales para la comunidad* y dependan de las redes y sistemas de información para el desarrollo de su actividad (OSE). En relación con las actividades de explotación de las redes y de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, así como de los servicios electrónicos de confianza (expresamente excluidos de la directiva) el Real Decreto-Ley se aplicará únicamente en lo que se refiere a los operadores críticos.

<sup>39</sup> Por redes y sistemas de información se entienden las 1) redes de comunicaciones electrónicas definidas en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; 2) dispositivos o grupo de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuando uno o varios de ellos realicen tratamiento automático de datos digitales; 3) los datos digitales almacenados, tratados, recuperados o transmitidos mediante los elementos anteriores, incluidos los necesarios para el funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento de dichos elementos.

<sup>40</sup> De operadores residentes o domiciliados en otro Estado.

<sup>41</sup> Cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que estos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios o actividades.

- b) *Los proveedores de determinados servicios digitales que tengan su sede social en España (PSD).*

En relación con el primer tipo de sujetos obligados, los OSE se definen como aquellas entidades públicas o privadas que presten servicios esenciales<sup>42</sup> en alguno de los sectores estratégicos definidos en el anexo de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas<sup>43</sup>, listado que deberá mantenerse actualizado con una frecuencia bienal.

El segundo tipo, los PSD, son un colectivo que abarca a un importante espectro de obligados: todas aquellas personas jurídicas que prestan un servicio digital de los recogidos en la letra a) del anexo de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Es importante destacar que quedan excluidos del ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley ciertos operadores de menor importancia en el sistema<sup>44</sup>.

Una vez descritos los sujetos obligados, lo más importante es conocer a qué se ven obligados como consecuencia de la aplicación de esta nueva normativa. En este sentido podemos dividir las obligaciones en dos grupos:

- a) *La necesidad de adoptar medidas técnicas y de organización adecuadas y proporcionadas para gestionar los riesgos que se planteen para la seguridad de las redes y sistemas de información utilizados en la prestación de servicios*<sup>45</sup>. Se incluye el caso de que la gestión de los servicios esenciales o digitales se encuentre externalizada.

<sup>42</sup> Servicio esencial es aquel necesario para el mantenimiento de las funciones sociales básicas, la salud, la seguridad, el bienestar social económico de los ciudadanos o el eficaz funcionamiento de las instituciones del Estado y las Administraciones públicas, que dependa para su provisión de redes y sistemas de información.

<sup>43</sup> Se entiende por los mismos los que operan en el ámbito de la Administración, espacio, industria nuclear, industria química, instalaciones de investigación, agua, energía, salud, tecnología de la información y la comunicación, transporte, alimentación, *sistema financiero y tributario*.

<sup>44</sup> Quedan excluidos:

- a) Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios electrónicos de confianza *que no sean designados como operadores críticos* en virtud de la Ley 8/2011 de 28 de abril; y
- b) Los PSD *cuando se trate de microempresas o pequeñas empresas*, de acuerdo con las definiciones recogidas en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

<sup>45</sup> Las medidas técnicas que deberán adoptar los OSE deberán ser desarrolladas reglamentariamente. En el caso de los PSD, deberán adoptar medidas de seguridad que tengan en cuenta los avances técnicos que se produzcan, así como los siguientes aspectos: a) la seguridad de los sistemas e instalaciones; b) la gestión de incidentes; c) la gestión de la continuidad de las actividades; d) la supervisión, auditorías y pruebas; e) el cumplimiento de las normas internacionales.

- b) *La notificación de incidentes*<sup>46</sup> que sufran las redes y servicios de información que se emplean para la prestación de servicios esenciales y digitales a las autoridades competentes.

En todos los casos, los OSE y los PSD tienen la obligación de resolver los incidentes de seguridad que les afecten y de solicitar ayuda especializada cuando no puedan resolver por sí mismos los incidentes. De esta manera el legislador ofrece un doble sistema de garantía –sujeto/autoridades–, necesario ante una amenaza que pueda tener consecuencias muy serias para todos.

Debe señalarse que la obligación de notificar incidentes incluye además la notificación de aquellos que puedan haber afectado a datos personales.

En estos casos, tanto las autoridades competentes como los centros de respuesta de incidencias (CSIRT) de referencia comunicarán sin dilación a la AEPD los incidentes producidos y la mantendrán informada sobre su evolución, cooperando con la misma en todo lo que sea necesario para hacer frente a dichos incidentes.

Se establece aquí una obligación que supone una auténtica novedad y a su vez se coordina con una de las novedades más importantes del RGPD, *la que establece la obligación de reportar estos incidentes a cualquier responsable de un tratamiento de datos personales a la autoridad de control competente, que en el caso español es la AEPD.*

Antes de que entrara en vigor el RGPD, la normativa de protección de datos únicamente establecía la obligación de notificar las brechas de seguridad en las que se vieran afectados datos personales a los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y a los prestadores de servicios de confianza.

Por consiguiente, tan pronto como el responsable del tratamiento tenga conocimiento de que se ha producido una violación de la seguridad de los datos personales deberá, sin dilación indebida y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, notificar la violación de la seguridad de los datos personales a la AEPD, a menos que el responsable pueda demostrar, atendiendo al principio de responsabilidad proactiva, la improbabilidad de que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas. Si dicha notifi-

---

<sup>46</sup> Tanto los OSE como los PSD están obligados a notificar a la autoridad competente, a través del centro de respuesta de incidentes que se establezca en su caso, los incidentes que afecten a las redes y sistemas de información que utilicen en la prestación de sus servicios que puedan tener efectos perturbadores significativos en la prestación de los mismos, tanto en el caso de que se trate de redes y servicios propios como si lo son de proveedores externos.

Merece la pena destacar que las autoridades competentes, los CSIRT y el punto único de contacto, deberán salvaguardar la confidencialidad de la información recabada a través de las notificaciones, con el objetivo de garantizar la seguridad y los intereses comerciales de los OSE y PSD.

cación no es posible en el plazo de 72 horas, debe acompañarse de una indicación de los motivos de la dilación, pudiendo facilitarse información por fases sin más dilación indebida.

Tal y como sucede en el caso de la normativa de protección de datos personales, las infracciones del Real Decreto-Ley son de una cuantía muy considerable y se clasifican en muy graves, graves y leves. Las sanciones muy graves pueden acarrear sanciones de entre 500.000 y 1.000.000 de euros, las graves entre 100.000 y 500.000 y las leves de hasta 100.000 euros.

Para facilitar el cumplimiento de la obligación de notificación, la AEPD ha publicado una guía para el cumplimiento de notificaciones de brechas de seguridad<sup>47</sup>.

Se atisba en este terreno por lo tanto una tendencia clara hacia la prevención y rápida cauterización de los problemas causados por los ciberataques, en los que la actuación conjunta de los responsables de tratamiento y las autoridades implicadas está llamada a cumplir un papel esencial en los próximos años.

No obstante debe tenerse en cuenta que la ciberseguridad deberá adaptarse continuamente, debido al cambiante ingenio empleado por los delincuentes y piratas de internet.

## 6. Conclusiones

Desde su nacimiento hasta la actualidad, el derecho a la protección de datos personales se enfrenta a numerosos retos. Hemos pretendido en estas líneas el objetivo muy ambicioso de abarcar un área muy extensa en la que podrían incluirse muchas otras observaciones y materias: las particularidades de las redes sociales, el entorno del *big data*, el coche autónomo, las aplicaciones de los teléfonos móviles, etc.

Por su importancia hemos creído conveniente trazar una evolución del derecho para poder analizar algunas cuestiones de rabiosa actualidad e importancia. El derecho al olvido, como nueva manifestación de un derecho que ya existía bajo formulaciones anteriores pero que debe ejercitarse ahora en ese océano sin límites que es internet y que se encuentra siempre en riesgo de entrar en colisión con el derecho fundamental a la información.

Han merecido también nuestro análisis los retos del nuevo entorno que parece estar creando la tecnología blockchain: son varias las industrias que han creado enormes consorcios y destinado fondos millonarios para su estudio y desarrollo común (financiera, aseguradora, tecnológica). Sin embargo, la falta de previsión de una correcta configuración técnica que permita a dichos desarrollos cumplir con la normativa de protección de datos puede comprometerlos y arrastrarlos a una muerte prematura.

<sup>47</sup> Puede consultarse en <<https://www.aepd.es/media/guias/guia-brechas-seguridad.pdf>>.



Por último, no podíamos dejar de mencionar, al hilo del nuevo RGPD, el importantísimo terreno de la ciberseguridad que ahora conecta el mundo de la seguridad informática y de sistemas con el de la protección de datos. Los sujetos implicados deben velar por el cumplimiento de una normativa cada día más exigente y protegerse de las amenazas del entorno en el que se mueven, el entorno conectado, para evitar que los ciberdelincuentes cometan millonarios robos y delitos en los que se vean involucrados además datos personales.

## Referencias bibliográficas

- Agencia EFE (2017). [Un ciberataque masivo roba los datos de 143 millones de estadounidenses](#). *El País*. Recuperado de <<https://elpais.com>>. Acceso el 14 de enero de 2019.
- Article 29 Working Party (2014). [Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques](#). Recuperado de <<https://www.pdpjournals.com>>. Acceso el 24 de febrero de 2019.
- Barrio, M. (2018). [Los nuevos derechos digitales en España](#). *El País Retina*. Recuperado de desde <<https://retina.elpais.com/retina>>. Acceso el 20 de enero de 2019.
- Finck, M. (2017). [Blockchains and Data Protection in the European Union](#). *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series. Paper 18-01*. Recuperado de <<https://papers.ssrn.com>>. Acceso el 20 de noviembre de 2018.
- González de Frutos, U. (2018). La fiscalidad en el mundo Blockchain. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 425-426, 5-36.
- Kaulartz M. y Heckmann J. (2016). Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain Technologie. *Computer und Recht*, 32, 618-624.
- Mainelli, M. (2017). Blockchain could help us reclaim control over our personal data. *Harvard Business Review*.
- Pollock, D. (2018). [The Fourth Industrial Revolution Built On Blockchain And Advanced With AI](#). *Forbes*. Recuperado de <<https://www.forbes.com>>. Acceso el 25 de enero de 2019.
- Sánchez, J. M. (2018). [El cibercrimen es incandescente: provoca un agujero de 600.000 millones de dólares a las empresas](#). *ABC*. Recuperado de <<https://www.abc.es>>. Acceso el 8 de enero.
- Szabo, N. (1997). [Formalizing and Securing Relationships on Public Networks](#). *First Monday*. 2(9). Recuperado de <<http://firstmonday.org>>. Acceso el 28 de enero de 2019.
- Warren, S. y Brandeis, L. (1890). [The Right to Privacy](#). *Harvard Law Review*, IV(5). Recuperado de <<http://faculty.uml.edu>>. Acceso el 23 de enero de 2019.
- Werbach, K. y Cornell, N. (2017). [Contracts Ex Machina](#). *Duke Law Journal*, 67, 314-381. Recuperado de <<https://scholarship.law.duke.edu>>. Acceso el 28 de enero de 2019.

## Nulidad de cláusula suelo y crédito litigioso

**Adelaida Medrano Aranguren**

*Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

### Extracto

El ejercicio del derecho de retracto sobre un crédito litigioso, en relación con un préstamo hipotecario cedido por el prestamista a un tercero después de que la prestataria hubiese impugnado la cláusula suelo incluida en el mismo, exige que el crédito tenga realmente naturaleza de litigioso, y un crédito no puede estimarse convertido en litigioso por el hecho de que se haya impugnado la cláusula suelo, como para poder ejercitar sobre él una acción de retracto del artículo 1.535 del Código Civil. Para que un crédito tenga realmente el carácter de litigioso es preciso que concurra un verdadero requisito material, consistente en el ejercicio de una acción declarativa cuyo objeto sea la existencia y exigibilidad del propio crédito, y ello no puede estimarse concurrente cuando el objeto del pleito sobre el crédito cedido se refiere a una cláusula suelo cuya posible nulidad no afecta a la existencia y exigibilidad del mismo.

**Palabras clave:** crédito litigioso; cláusula suelo; derecho de retracto.

Fecha de entrada: 15-05-2020 / Fecha de aceptación: 28-05-2020

## Enunciado

Tornillos Pérez, SA entre 2001 y 2006 suscribió con Bankia diversos préstamos hipotecarios, posteriormente novados entre los años 2009 y 2011. Estos préstamos fueron transmitidos por Bankia a la entidad BLM, Ltd. a través de escritura pública de cesión de posiciones contractuales suscrita ante notario en fecha 3 de junio de 2015. Esta cesión se hizo conjuntamente con otros 87 créditos pertenecientes a Bankia.

El precio total de la cesión conjunta de los 91 créditos fue de 283.229.144,72 euros, según certificación notarial. Los préstamos hipotecarios cedidos por Bankia a BLM, Ltd. fueron los siguientes:

- a) Préstamo hipotecario de primer rango otorgado por Bankia a Tornillos Pérez, SA el día 11 de julio de 2005 ante notaria, y sus novaciones producidas mediante escritura pública el día 30 de junio de 2009, ante notaria, con n.º de protocolo 1.570 y mediante escritura pública el día 3 de mayo de 2011 ante notaria, con n.º de protocolo 950.
- b) Préstamo hipotecario de segundo rango otorgado por Bankia a Tornillos Pérez, SA el día 21 de febrero de 2006 ante notario con n.º de protocolo 361 y su novación producida mediante escritura pública el día 6 de mayo de 2010 ante notaría, con n.º de protocolo n.º 935.
- c) Préstamo hipotecario de primer rango otorgado por Bankia a Tornillos Pérez, SA el día 20 de agosto de 2001 ante notario, con n.º de protocolo 2.913.
- d) Préstamo hipotecario de segundo rango otorgado por Bankia a Tornillos Pérez, SA el día 30 de abril de 2004 ante notario con n.º de protocolo 783 y su novación producida mediante escritura pública el día 1 de diciembre de 2009 ante notaria con n.º de protocolo 2.914.

Tornillos Pérez, SA interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra Bankia, SA solicitando la nulidad de las cláusulas suelo que habían sido introducidas al novar

los créditos hipotecarios suscritos con la entidad bancaria en los años 2009 y 2010, y la restitución de la cantidad cobrada indebidamente por aplicación de dicha cláusula.

Dicha demanda fue admitida a trámite en fecha 19 de noviembre de 2014, dando lugar a un juicio ordinario (fecha, por tanto, anterior a la cesión de los citados préstamos hipotecarios a BLM, Ltd.).

En fecha 3 de junio de 2015 Bankia notificó a Tornillos Pérez, SA la transmisión de los créditos a BLM, Ltd. así como la designación de Hipoges, SL como entidad encargada de la gestión del cobro de los créditos.

Tornillos Pérez, SA interpuso una demanda contra Bankia, SA y contra BLM, Ltd., interesando que se declarase que la actora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.535 del Código Civil, tiene un derecho de retracto sobre los créditos litigiosos cedidos antes reseñados en que figura como deudora, y que en atención a dicho derecho se declaren extinguidos los citados créditos previa consignación por la demandante del precio y sus intereses desde el día en que fue satisfecho. Interesaba también la condena de las codemandadas a otorgar cuantos documentos públicos y privados sean convenientes y necesarios en orden al ejercicio efectivo del derecho de retracto; y la imposición de las costas a las dos entidades demandadas.

¿Son créditos litigiosos los suscritos por Tornillos Pérez, SA por el hecho de que exista un procedimiento para declaración de nulidad de la cláusula suelo?

Cuestiones planteadas:

- Concepto, naturaleza y requisitos para que un crédito pueda ser considerado como litigioso.
- La aplicabilidad de los requisitos al ejercicio del derecho de retracto del artículo 1.535 del CC.
- Criterio jurisprudencial vigente en la materia.

## Solución

El artículo 1.535 del Código Civil (CC) establece:

Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho.

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago.

La interpretación jurisprudencial de esta figura es bastante uniforme en lo que se ha dado en llamar la *noción estricta o restringida* del crédito litigioso.

La STS, de la Sala 1.<sup>a</sup>, 690/1969, de 16 de diciembre, definió el crédito litigioso de la siguiente forma:

Aunque en sentido amplio, a veces se denomina «crédito litigioso» al que es objeto de un pleito, bien para que en este se declare su existencia y exigibilidad, o bien para que se lleve a cabo su ejecución, sin embargo, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el artículo 1.535 de nuestro Código Civil, «crédito litigioso» es aquel que habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible; es decir, el que es objeto de una «litis pendencia», o proceso entablado y no terminado, sobre su declaración.

La Sentencia 976/2008, de 31 de octubre (NCJ048866) declaró que, a efectos del artículo 1.535 del CC, se consideran créditos litigiosos:

Aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904), y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2 LEC).

A su vez, la Sentencia 165/2015, de 1 de abril (NCJ059807) ratificó dicho concepto y declaró que no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando este ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada, tal y como sucede en los casos de segregación previstos en el artículo 76 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. En el mismo sentido se pronuncia la reciente Sentencia 464/2019, de 13 de septiembre (NCJ064306).

Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial, la cualidad litigiosa del crédito requiere la concurrencia de un doble requisito: uno temporal y otro material o de contenido. En cuanto al primero, la pendencia del procedimiento debe existir ya y no haber finalizado todavía en el momento en que se celebra el negocio jurídico de la cesión del crédito. Como dice la Sentencia 464/2019, de 13 de septiembre, el artículo 1.535 del CC establece el día inicial desde el que puede considerarse que un crédito es litigioso (desde que se conteste a la de-

manda, o haya precluido el plazo de contestación, como se deduce de nuestra Sentencia 976/2008), pero no el final. Este término final lo situó la citada Sentencia 690/1969, de 16 de diciembre, en la firmeza de la sentencia o resolución judicial, al declarar:

Una vez determinada por sentencia firme, la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento, se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden estos su naturaleza de litigiosos, sin que a ello obste que haya de continuar litigando para hacerlos efectivos y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá ya del sujeto pasivo; es decir, que el carácter de «crédito litigioso» se pierde tan pronto queda firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo anormal, como es, por ejemplo, la transacción.

Además, como señala la Sentencia 149/1991, de 28 de enero, el crédito puesto en litigio no puede consistir en una relación jurídica obligacional ya agotada o consumida en el momento en que se ejercita la acción del artículo 1.535 del CC.

En cuanto al contenido u objeto de la acción judicial, debe tratarse de una acción de carácter declarativo cuya pretensión sea la declaración de la existencia o exigibilidad del crédito, en los términos señalados.

Finalmente, ha de tratarse de una transmisión onerosa –por precio en dinero (aunque un sector doctrinal admite también la posibilidad cuando la contraprestación consiste en bienes fungibles)–, cuestión que aquí no se discute, y la facultad del artículo 1.535 del CC ha de ejercitarse dentro del plazo legal de caducidad (extremo que si bien no está exento de dificultades en cuanto al cómputo del *dies a quo* por la oscura redacción del párrafo tercero del precepto citado, aquí tampoco ha sido objeto de debate). Desde el punto de vista de la delimitación negativa del derecho, quedan excluidos del mismo los supuestos de cesión en globo o alzada a que se refiere el artículo 1.532 del CC, cuestión directamente relacionada con el segundo motivo del presente recurso.

Pues bien, frente a este concepto estricto o restringido de crédito litigioso (que lo circunscribe a los supuestos en que el pleito tiene por objeto la existencia o exigibilidad del crédito), en el que se apoyan los que niegan la aplicabilidad del artículo 1.535 del CC al estar referido el objeto del pleito invocado a la cláusula de limitación a la baja de la variabilidad de los intereses ordinarios de los respectivos créditos cedidos, cuestión que no afecta a la existencia ni a la exigibilidad de tales créditos, otros invocan la sentencia de esta sala 149/1991, de 28 de febrero, conforme a la cual

la estructura del «crédito litigioso» presupone la existencia de una relación jurídica de naturaleza obligacional y la pendencia del cumplimiento exacto de la prestación, finalidad de aquella, sea porque el pago aún no se puede exigir, sea porque

el pago no se ha efectuado voluntariamente, y un debate judicial iniciado y no resuelto acerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes de la expresada relación.

De esta sentencia se infiere que la calificación del «crédito litigioso», en el sentido en que esta locución es empleada por el artículo 1.535 del CC, comprende no solo aquellos supuestos en que el crédito cedido es objeto de un procedimiento judicial declarativo cuyo objeto sea la discusión de su existencia y exigibilidad, sino también cualquier otro en que se debata sobre su naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes. Lo que incluiría cualquier pleito en que se pretenda un pronunciamiento relativo a una «cláusula suelo», sea para obtener una declaración de nulidad, sea para obtener una condena a la restitución de las cantidades abonadas indebidamente por su aplicación, sea para obtener ambos pronunciamientos. Aunque la reiteración de la doctrina restrictiva, iniciada con la Sentencia de 14 de febrero de 1903 y que llega hasta la más reciente 464/2019, de 13 de septiembre, con el paréntesis que representa la Sentencia 149/1991, de 28 de febrero, permite afirmar que la doctrina jurisprudencial vigente en la materia es la que asume la tesis restrictiva citada, resulta conveniente profundizar en los fundamentos últimos de dicha solución a fin de despejar dudas.

A partir de las anteriores consideraciones, cabe afirmar que la regla general en nuestro derecho es la de la libre transmisibilidad de todos los derechos y obligaciones, salvo pacto en contrario. Así resulta del artículo 1.112 del CC, conforme al cual «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario»; de lo que es una manifestación más la regulación del Código sobre la cesión de créditos contenida en sus artículos 1.526 y siguientes.

Siendo la cesión de un crédito un negocio jurídico válido, sus efectos han sido precisados por la jurisprudencia de esta sala. Así, la Sentencia de 30 de abril de 2007 señaló sus tres principales efectos jurídicos, sistematizando la doctrina jurisprudencial en la materia:

a) El cesionario adquiere la titularidad del crédito, con el mismo contenido que tenía el acreedor cedente, permaneciendo incólume la relación obligatoria (SS. 15 nov. 1990, 22 feb. 2002, 26 sept. 2002, 18 jul. 2005); b) el deudor debe pagar al nuevo acreedor (SS. 15 mar. y 15 jul. 2002, 13 jul. 2004); y c) al deudor le asiste el derecho de oponer al cesionario, todas las excepciones que tuviera frente al cedente (SS. 29 sept. 1991, 24 sept. 1993, 21 mar. 2002).

Ello supone que el cesionario, como señaló la citada Sentencia de 30 de abril de 2007, en vía de principios, «puede reclamar la totalidad del crédito del cedente, con independencia de lo pagado (compraventa especial), y el deudor solo está obligado a pagar la realidad de lo debido (incumplido)».

Y añade, descartando la posible tacha de ilicitud por enriquecimiento injusto del cesionario:

Frente a ello debe rechazarse la alegación de enriquecimiento injusto efectuada [...] porque no hay empobrecimiento, ya que, cualquiera que fuere el acreedor, la entidad deudora paga lo que tiene que pagar (lo adeudado), y, además, la posibilidad de reclamar el importe íntegro del crédito, y no lo que se pagó por él, tiene su fundamento en la ley, como lo revela indirectamente la propia regulación del denominado «retracto de crédito litigioso» (arts. 1.535 y 1.536 CC).

Por tanto, el denominado retracto de crédito litigioso constituye una excepción al régimen general de la cesión de créditos, y como tal requiere una interpretación estricta acorde con dicho carácter excepcional.

Que la regulación contenida en el artículo 1.535 del CC es excepcional, integrando una norma especial o privilegiada, resulta también de las siguientes consideraciones:

1.º Frente al régimen general del artículo 1.157 del CC, conforme al cual «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía», en este caso se entiende pagada la deuda mediante la ejecución de una prestación distinta (cuantitativamente inferior) a aquella en que consistía la obligación.

2.º Frente al régimen general de las obligaciones de los artículos 1.166 y 1.169 del CC, conforme a los cuales «el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida» y, salvo pacto en contrario, «no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación», en el caso de la cesión de créditos litigiosos se autoriza legalmente la extinción de la totalidad de la deuda mediante su pago parcial.

3.º Frente al criterio general del artículo 1.127 del CC, según el cual «siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro», la aplicación del régimen del artículo 1.535 del CC a un préstamo de amortización en plazos sucesivos, que no haya sido declarado vencido anticipadamente en su totalidad, extinguiendo anticipadamente el préstamo, supondría excepcionar aquel precepto (incluso sin que concurren las circunstancias que determinan la aplicabilidad de la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuyo artículo 23 atribuye novedosamente al prestatario incluido en su ámbito de aplicación el derecho al reembolso anticipado).

4.º Frente al régimen especial de las quitas parciales previstas por las más recientes regulaciones, vinculadas a la especial protección de la vivienda habitual, cuando se trata de deudas garantizadas mediante hipoteca constituida sobre la misma, en relación con la deuda remanente tras la ejecución de la vivienda (*vid.* 579.2, a) LEC), o en relación con las situaciones de insolvencia que afecten a personas y familias en situación de vulnerabilidad social (*vid.* «Código de Buenas Prácticas para

la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual», regulado en el anexo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo), el artículo 1.535 del CC no limita su ámbito de aplicación a la protección de la vivienda habitual ni a personas físicas en riesgo de exclusión social.

El contexto socio-económico del momento histórico en que se originó la especial facultad extintiva del deudor respecto de los créditos cedidos de que trae causa del artículo 1.535 del CC, que hunde sus raíces en el derecho romano, es muy distinto del propio de nuestros tiempos y, en particular, de la situación surgida tras la reciente crisis económica y financiera de los últimos años.

En este sentido, como señaló la Sentencia de esta sala núm. 165/2015, de 1 abril, la operación objeto del pleito entonces resuelto (cesión en bloque por sucesión universal de diversos créditos litigiosos a consecuencia de una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora que conformaba una unidad económica), «no es ocioso precisar que la operación descrita se proyecta en el marco regulatorio de un intenso proceso de reestructuración y reforzamiento de los recursos propios del sistema financiero de este país, sumido en una profunda crisis, preferentemente de las tradicionales cajas de ahorros».

Situación que dio lugar a la regulación especial integrada, en lo que aquí interesa, por el Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, primero, por el que se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y, posteriormente, el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, que introducen nuevos procesos de integración como el ejercicio indirecto de la actividad financiera a través de un banco, lo que dio lugar a las correspondientes operaciones societarias de segregación de activos y pasivos, y permitió la recapitalización de las entidades a través de la creación de sociedades anónimas bancarias a las que las cajas de ahorro transfirieron su actividad de naturaleza financiera (activos y pasivos).

En este mismo contexto hay que situar la figura de las cesiones de carteras o conjuntos de créditos (hipotecarios o de consumo, a consumidores o empresas) por parte de diversas entidades de crédito a terceras entidades –con frecuencia fondos de inversión extranjeros– de baja calificación crediticia (en situación de impago o riesgo de impago, en fase de ejecución judicial o no), que responden, como ha señalado la doctrina especializada, a la necesidad de «limpiar balances» a fin de ajustar el valor de los activos (crediticios en este caso) al valor real. Con ello se persigue un triple objetivo: mejorar el ratio financiero y de morosidad de la entidad, mejorar la liquidez con la entrada de los ingresos procedentes de la venta de la cartera y reducir las provisiones y costes de gestión de estos activos. Finalidades distintas de las contempladas en la ratio de la norma interpretada y, por el contrario, concomitante con la finalidad a que respondía el artículo 36.4 b) de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, cuando excluye la aplicación del artículo 1.535 del CC en el caso de cesión de créditos litigiosos a la sociedad de gestión de activos.

A la luz de las anteriores consideraciones debemos ratificar el concepto de crédito litigioso que ha venido ofreciendo reiteradamente la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo desde la clásica Sentencia de 14 de febrero de 1903, pasando por las más recientes sentencias 690/1969, de 16 de diciembre, 976/2008, de 31 de octubre, 165/2015, de 1 de abril, hasta llegar a la Sentencia 464/2019, de 13 de septiembre, de considerar como tal «crédito litigioso» aquel que «habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible [...]». O dicho en otros términos, son créditos litigiosos «aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904), y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía *ex art.* 496.2 LEC)» (cfr. 976/2008, de 31 de octubre ([NCJ048866])).

Por tanto, aplicando la interpretación asumida por dicha doctrina jurisprudencial, la posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes a que se refiere la Sentencia 149/1991, de 28 de febrero, necesitará para generar el derecho previsto en el artículo 1.535 del CC afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación (*vid.* Sentencia 463/2019, de 11 de septiembre).

No es lo que sucede en el presente caso en que lo debatido en el litigio proyectado sobre el crédito cedido se refiere a una cláusula de limitación de la variación a la baja del tipo de interés remuneratorio pactado (cláusula suelo), cuya eventual nulidad no afecta ni a la subsistencia ni a la exigibilidad del resto de obligaciones derivadas del préstamo (devolución de capital conforme al régimen de amortización pactado y pago de los intereses remuneratorios calculados sin la citada limitación).

La conclusión jurídica solo puede ser una: el hecho de que se interponga una demanda para declarar la nulidad de la cláusula suelo integrada en un préstamo hipotecario no convierte al propio préstamo en un crédito litigioso a los efectos de la acción de retracto del artículo 1.535 del CC.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art 1.535.
- SSTs, Sala 1.<sup>a</sup>, de 16 de diciembre de 1969, 31 de octubre de 2008, 1 de abril de 2015 y 13 de septiembre de 2019.

# Derecho al honor y reportaje neutral

**José Ignacio Atienza López**

*Ltrado de la Administración de Justicia.  
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

## Extracto

El presente caso se enmarca en el contexto del conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información, ambos como derechos de naturaleza fundamental constitucionalmente reconocidos, pero tratando de referir este conflicto en relación con el llamado «reportaje neutral»; más allá del desagrado que un determinado reportaje periodístico pueda ocasionar a la protagonista del mismo, si la información citada se limita a relatar la vida amorosa de la misma, enumerando las relaciones sentimentales que ha tenido en los últimos diez años, ello no puede integrar una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la protagonista al tratarse de un reportaje neutral.

**Palabras clave:** derecho al honor; libertad de información; reportaje neutral.

Fecha de entrada: 16-05-2020 / Fecha de aceptación: 28-05-2020

## Enunciado

En un medio de comunicación dominical, se ha publicado un artículo periodístico firmado por XXX, que se encabeza con el titular «La actriz XXX, ilusionada con un periodista» y cuyo texto ha sido aportado como Doc. 2 de la demanda, y en el cual se describe en aproximadamente unas 40 líneas y dos fotografías individuales, una de la demandante y otra del periodista XXX, un relato acerca de las distintas relaciones sentimentales que la primera ha tenido con diferentes personas en los últimos años; en concreto se hace una referencia a un escritor llamado XXX, al actor XXX, al jugador de baloncesto XXX, al empresario XXX y al ya citado periodista. Aunque sin demasiada precisión, el reportaje sitúa en el tiempo estas relaciones entre el año 2006 y el 2016.

Estima la demanda que el reportaje proyecta una imagen falsa e inexacta de su protagonista ajena a la realidad, imputando a la demandada el hecho de que determinados extremos son inventados, exteriorizando la imagen de la actora como la de una mujer enamoradiza que cambia frecuentemente de compañero sentimental, desdeñando su carrera profesional y proporcionando un juicio moral tácito que atenta contra su honor. Considera que determinados vocablos («estrena pareja») son especialmente hirientes y con una importante carga de frivolidad.

¿Existe en estos hechos intromisión ilegítima del derecho al honor?

Cuestiones planteadas:

1. Intromisión ilegítima en el derecho al honor por medio del llamado reportaje neutral.
2. Normativa aplicable y jurisprudencia en esta materia.

## Solución

Centrándonos ya en la cuestión de fondo objeto de debate, señalar que la controversia de autos deriva de la colisión entre derechos fundamentales de proclamación constitucional. Conflicto que se explica porque ni siquiera los derechos que ostentan tal naturaleza gozan de un carácter absoluto o ilimitado, haciéndose necesario, ante esa confrontación,

determinar en cada caso concreto cuál de ellos ha de considerarse preeminente y más digno de protección, esto es, cuál de los dos derechos en conflicto ha de ser sacrificado en beneficio del otro.

En el presente supuesto la parte alega una vulneración del derecho al honor exclusivamente. La STS de 22 de julio de 2008 citada por las posteriores de 13 de noviembre y 3 de diciembre de 2008, señala que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones concretas de la dignidad de las personas, proclamada en el artículo 10 del mismo texto constitucional.

De él ha señalado la doctrina que se trata de un derecho de la personalidad autónomo, derivado de la dignidad humana (entendida como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentido de la propia persona) y dirigido a preservar tanto el honor en sentido objetivo de valoración social (entendido entonces como fama o reputación social) como el honor en sentido subjetivo de dimensión individual (equivalente a íntima convicción, autoestima, consideración que uno tiene de sí mismo), evitando cualquier ataque por acción o por expresión, verbal o material que constituya, según la ley, una intromisión ilegítima.

Sin olvidar que el honor (STS de 20 de julio y 2 de septiembre de 2004)

constituye un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento y con cuya protección se ampara a la persona frente a expresiones que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas.

Como indica la STS de 21 de julio de 2008,

su protección jurídica se concreta a través del artículo 7.7 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen, conforme al cual, tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de la Ley, la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Así, tanto desde la perspectiva de la libertad de información como desde la perspectiva de la libertad de expresión, «se repelen los términos vejatorios o injuriosos, innecesarios, porque la Constitución no reconoce el derecho al insulto»; entre otras muchas, STS de 22 de mayo de 2003, 12 de julio de 2004 y 25 de septiembre de 2008.

Por su parte la STS de 12 de julio de 2004 resume las pautas a seguir para apreciar la gravedad de la intromisión, señalando que

las expresiones han de ser objetivamente injuriosas, es decir, aquellas que dadas las concretas circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (STC de 9 de diciembre de 2002).

Se requiere que se trate de apelativos formalmente injuriosos (STS de 16 de enero de 2003 y 13 de febrero de 2004), frases ultrajantes u ofensivas (STS de 11 de junio de 2003), en definitiva, es necesario que las expresiones pronunciadas o escritas tengan en sí un contenido ofensivo o difamatorio (STS de 20 de febrero de 2003). Tienen tal significación las expresiones de menosprecio o desdoro que en cualquier sector de la sociedad que las perciba o capte produzca una repulsa o desmerecimiento (STS de 8 de marzo de 2002) o las que suponen el desmerecimiento en la consideración ajena al ser tenidas en el concepto u opinión pública por afrentosas, con el consiguiente descrédito o menosprecio para el actor (STS de 8 de abril de 2003).

Pues bien, la primera cuestión a resolver es la relativa a la determinación de los derechos fundamentales que entran en confrontación en el caso de autos, dado que los requisitos necesarios para su legítimo ejercicio varían según nos encontremos ante la libertad de expresión o ante la libertad de información.

En cuanto a este punto se estima que el conflicto en este concreto supuesto se ha producido con la libertad de información y no de expresión.

Y es que, como viene sosteniendo la doctrina de nuestros tribunales, el artículo 20.1 a) y d) de la Constitución, en relación con su artículo 53.2, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y su artículo 18.1 reconoce con igual grado de protección el derecho al honor. La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 de la Constitución, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información, porque no comprende como esta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo (SSTC 104/1986, de 17 de julio, 139/2007, de 4 de junio, y 29/2009, de 26 de enero). No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y a la inversa (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 29/2009, de 26 de enero, FJ 2; 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3, y 50/2010, de 4 de octubre, FJ 4).

El libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión, al igual que el de información, garantiza un interés constitucional relevante como es la formación y existencia de una opinión pública libre, que es una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático que encuentra un límite, constitucionalmente reconocido, en el derecho al honor de las personas, lo que no excluye la crítica de la conducta del otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4, y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4).

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, y 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

Pues bien, en el presente caso lo difundido no son opiniones o juicios personales y de valor relacionados con la actora, ni creencias o pensamientos de carácter subjetivo.

La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones.

Por veracidad debe entenderse el resultado de una diligencia razonable por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso aun cuando la información, con el paso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009, de 26 de enero, FJ 5). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas, y que el medio informativo sea mero trasmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. Este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen.

En todo caso, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el Tribunal Constitucional, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto. Ninguno de estos extremos concurre en nuestro reportaje.

La STC 144/1998, de 30 de junio, sostiene ya que la veracidad que a la noticia difundida se exige no es la veracidad absoluta, y que en los supuestos de libertad de expresión su objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (y apreciaciones y juicios de valor), mien-

tras que en los casos de libertad de información su finalidad es la de difundir aquellos que merecen ser considerados como noticiables; si bien al que ejercita la primera no se le exige la prueba de la veracidad, en la segunda condiciona su legitimidad, lo que igualmente se señala por la jurisprudencia al sostenerse que las expresiones graves que no puedan ser cobijadas bajo los derechos constitucionales de la libertad de expresión e información han de ser reputadas ilegítimas (STS de 31 de julio de 1998).

Por otro lado, resulta esencial a la hora de determinar qué derechos deben prevalecer en la confrontación entre el derecho al honor y el derecho a la información, el interés y relevancia pública de la información difundida.

En este sentido es, además, doctrina reiterada que por más que la publicación se integre en una parcela social conocida popularmente como «mundo del corazón», que se caracteriza por interesarse en los avatares, incidencias, amores, desamores e infidelidades de sus protagonistas, no por ello cabe presumir siempre el interés público de todo lo que en ello se aborda, dice o comenta, pues acontece en muchas ocasiones que la noticia o información difundida busca tan solo satisfacer la curiosidad morbosa del espectador, aspecto que no cabe identificar con la existencia de un verdadero interés público en la medida en que, según recuerdan las SSTS de 11 de noviembre de 2004 y de 13 de noviembre de 2008, no puede calificarse como noticia de interés estrictamente público «la comunicación o "chismorreo" de la vida íntima ajena para satisfacer oscuros morbos de los interesados», no siendo este nuestro caso.

Planteado en estos términos el debate suscitado y aplicando los criterios jurídicos que ampliamente se han expuesto, procede adelantar ya que no existe ni la más mínima intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante; de hecho resulta sorprendente que, siendo el concepto de «intromisión ilegítima» el concepto jurídico que nuestro legislador ha acuñado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo para regular la protección de este derecho fundamental constitucionalmente consagrado en el artículo 18 de la CE, sin embargo, y tras la atenta lectura de la demanda, no aparece la expresión «intromisión ilegítima» ni una sola vez (s.e.u.o.) integrada en ella, ni explicación alguna sobre los detalles de cómo lo publicado puede constituir esa intromisión, lo cual hace difícil plantearse a esta juzgadora cualquier opción de estimación, ni siquiera parcial.

Pese a toda la subjetividad que la propia naturaleza de este derecho personalísimo ostenta, sin embargo nuestro legislador ha tipificado con toda la precisión posible, en aras de la seguridad jurídica, qué debe considerarse que integra una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una persona en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, y de ahí que tipifique en sus ocho apartados el desglose del concepto de intromisión. Tampoco en la demanda observamos razonamiento jurídico, ni explicado ni referido, que pretenda incardinar en alguno de los ocho apartados del precepto los hechos que narra, siendo completamente deficitaria una cita genérica de la totalidad de la Ley Orgánica 1/1982 y del artículo 18.1 de la CE por toda reclamación de fondo en la página 8 de la demanda. Pero tampoco ello puede extrañarnos cuando estamos ante el relato de unos hechos tan propios del derecho a la información, como incapaces de constituirse en un entrometimiento ilegítimo

del honor de persona alguna, al limitarse a describir una realidad de la actora, cual es el hecho de haber tenido en un lapso de tiempo delimitado diferentes relaciones sentimentales con distintas personas, sin otro ánimo acreditado que el de informar acerca de ello.

Resultan completamente irrelevantes las que la actora considera inexactitudes en el reportaje publicado por la demandada, ya que las mismas no restan veracidad a lo publicado, pues es completamente indiferente a estos efectos de una potencial infracción de su derecho al honor, que no concurre, que la actora llegase a casarse o no con XXX, si está expresamente reconociendo que tal relación sentimental existió; por lo mismo que carece de trascendencia alguna el hecho de que haya sido pareja o no de XXX, pues es irrelevante que en el lapso de diez años haya tenido seis o cinco relaciones sentimentales; igualmente carece de cualquier significación jurídica el hecho de que la actora se casase con XXX tras un mayor o menor número de meses de relaciones previas, si se está reconociendo que la relación existía. Es imposible que los hechos que se relatan en el reportaje puedan quedar configurados como un atentado al derecho al honor de la actora, si además vienen encabezados con expresiones acerca de lo ilusionada que la actora podría estar con una nueva relación sentimental, que era emprendida para buscar su estabilidad emocional.

La redacción del artículo no era falsa ni inexacta fuera de los extremos citados e irrelevantes, ni se realiza con intención alguna de exteriorizar una imagen de la actora ajena a la realidad que la propia demandante no niega en referencia a sus relaciones sentimentales, y sin que el hecho de no referirse a sus facetas profesionales pueda suponer un juicio moral implícito atentatorio a su honor, sino un acto propio de la libertad de información.

Relatar de manera puramente narrativa que un personaje público y conocido por su actividad profesional haya tenido en diez años varias relaciones sentimentales, unas de mayor duración y otras de menor, unas finalizando en boda y otras no, sin añadir contenidos ni injuriosos ni insultantes a lo relatado, no puede ser una intromisión ilegítima al honor de la interesada, más allá de la pura interpretación personal que quiera realizar de los hechos narrados, no existiendo prueba alguna de que el reportaje buscase descrédito alguno para la actora.

En este estado de cosas, no puede apreciarse que la actuación de la demandada constituya una intromisión ilegítima en el derecho al honor, debiendo prevalecer, en este caso, el derecho fundamental a la libertad de información.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 18.1 y 20.1 a) y d).
- Ley Orgánica 1/1982, art 7.
- SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 20 de julio de 2004, 12 de julio de 2007, 21 de julio de 2008 y 3 de diciembre de 2008.

# Fallecimiento de una persona anciana en una residencia de mayores: determinación de la responsabilidad de la residencia

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

## Extracto

La responsabilidad derivada del fallecimiento por muerte natural de una persona en una residencia de ancianos debe fundamentarse en la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro derecho positivo, sin que el mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, pueda considerarse prueba de culpa, demostración de que «faltaba algo por prevenir», puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado. La actividad de una residencia no puede tenerse como anormalmente peligrosa, más allá del cumplimiento de sus deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de los servicios propios de esa actividad.

**Palabras clave:** responsabilidad extracontractual; responsabilidad objetiva y subjetiva; responsabilidad por culpa.

Fecha de entrada: 08-05-2020 / Fecha de aceptación: 27-05-2020

## Enunciado

Con fecha 31 de diciembre de 2018 ingreso María en la residencia, gestionada por la entidad Mayores. El contrato abarcaba el régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria. María tenía 77 años de edad, padecía una ceguera del ojo izquierdo y deterioro de agudeza visual del ojo derecho inferior al 1/10 sin corrección, además padecía de otras enfermedades como un síndrome ansioso. Entre las 14 y 15 horas de día 30 de mayo de 2019, María fue vista por el personal de la residencia, falleciendo sobre las 16 horas, por infarto de miocardio, cuando se encontraba sola en el jardín del centro. Sobre las 17 horas fue localizada por el personal de la residencia y examinada por el médico que acreditó su fallecimiento por infarto de miocardio. María precisaba ayuda para desplazarse, dada la ceguera del ojo izquierdo y la escasa visión del ojo de derecho. Los hijos de María pretenden entablar una demanda de responsabilidad civil frente a la residencia por la muerte de su madre.

Cuestiones planteadas:

1. Responsabilidad por fallecimiento en residencia: responsabilidad objetiva o subjetiva.
2. Responsabilidad extracontractual.
3. Responsabilidad por culpa: requisitos.
4. Conclusión.

## Solución

1. El caso propuesto se propone ante la existencia de supuestos en los que personas que se encuentran en centros asistenciales o sociosanitarios, como ocurre con las residencias para personas mayores, y los parientes de cualquier residente que resulta lesionado o fallecido pretenden reclamar una indemnización a la residencia por incumplimiento de sus obligaciones.

Los contratos que se firman en esos centros por los residentes o sus familiares obligan a la residencia al alojamiento, manutención y asistencia sanitaria, administrando el tratamiento que se tuviera prescrito, y a ser atendido por el médico del centro; en caso de no existir, y de no ser posible atender en la misma, o no existir médico de atención diaria, al traslado a un centro hospitalario para ese fin.

En el presente caso, nos hallamos ante una persona con algunas enfermedades, ninguna de ellas de una naturaleza o importancia que precisara una atención permanente o continuada. Tampoco consta que pidiera auxilio por ninguna causa, pudiendo entenderse según los médicos que el fallecimiento pudiera ser debido a causas naturales.

Los hijos entienden que ha existido una desatención o negligencia en el cuidado de doña María, por lo que pretenden interponer una demanda en reclamación de indemnización de daños y perjuicios.

Debe mencionarse la existencia de planteamientos subjetivistas, que exigen la presencia de la culpa, es decir, una responsabilidad subjetiva, frente a posiciones objetivistas en orden a la reclamación de responsabilidad civil, que prescinden de aspectos subjetivos y se centran solo en el daño y en el traslado al demandado de la necesidad de acreditar su falta de responsabilidad mediante una inversión de la carga de la prueba.

Así, en el presente caso, frente a planteamientos objetivistas que pudieran hacerse en relación con la responsabilidad de la residencia por la muerte de María, que residía en ella de conformidad con el contrato suscrito y que le garantizaba el alojamiento, la manutención y la asistencia sanitaria, no debe olvidarse que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo exige la constatación de la culpa tanto en los casos de responsabilidad contractual en aplicación del artículo 1.104 del Código Civil, como en los casos de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del mismo cuerpo normativo.

**2.** En lo que respecta a la responsabilidad subjetiva se analiza tanto en los casos de responsabilidad extracontractual como contractual.

En relación con la posible aplicación del artículo 1.902 del Código Civil sobre la posible responsabilidad extracontractual, es necesario la presencia de la culpa, es decir, la responsabilidad subjetiva.

Esta posición se apoya en las consideraciones o principios siguientes:

1. La responsabilidad subjetiva, por culpa, solo se excepciona por ley.
2. El carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la inversión de la carga de la prueba y, por lo tanto, la necesidad de acreditar la falta de culpa.
3. En las demás actividades, en aplicación del artículo 217 de la LEC, es al perjudicado que reclame a quien compete la carga de la demostración de la culpa del demandado.

En este sentido afirma la jurisprudencia que es necesaria

la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.902 CC,

el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa –demostración de que «faltaba algo por prevenir»–, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1.902 CC (SSTS 185/2016, de 18 de marzo y 678/2019, de 17 de diciembre), exponiendo que la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1.902 CC (SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006) y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 marzo de 2006).

En este sentido la actividad de una residencia no puede tenerse como anormalmente peligrosa, más allá del cumplimiento de sus deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de los servicios propios de esa actividad. En otro caso se daría lugar a un desbordamiento de las obligaciones que se deberían observar con los residentes, de manera permanente, sin solución de continuidad, durante todo el día y toda la noche, las 24 horas, en todo momento y en cualquier situación, cuando no se encuentran en una situación de peligro, que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado.

El Tribunal Supremo ya declaró en Sentencia de 23 de febrero de 2006, referida a un residente con enfermedad de Alzhéimer que requería una adecuada vigilancia a su estado psíquico que no fue prestada, que

la obligación de guarda y asistencia de las personas internas en el centro debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de aquellas e imponía, respecto del fallecido, una obligación de control del mismo para conocer en todo momento en qué lugar del establecimiento se encontraba y someterlo a la vigilancia adecuada a su estado psíquico. No se trataba de que una persona estuviese continuamente al lado del interno, sino de que se tuviese conocimiento, en cada momento, de dónde se encontraba, de ahí que desde su habitación fuese conducido a la sala Común sita en la planta baja, en la que, reconoce la propia demandada, se encontraba personal del centro vigilando a los internos que allí estaban.

En el presente caso no se desprende que María padeciera ninguna enfermedad psíquica, que exigiera un especial deber de vigilancia y que pudiera generar un riesgo autolítico, ni consta que tuviera patología previa generadora de un riesgo vascular del que habría de estar atento ante la eventualidad de la necesidad de intervenir de manera inmediata.

3. En el contexto de la responsabilidad a que se refiere el presente caso, parece más adecuado examinarlo desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, no pareciendo que sea de aplicación el artículo 1.902 sobre la responsabilidad extracontractual.

Desde esta perspectiva, si acudimos al artículo 1.104, en relación con el artículo 1.101 (ambos del Código Civil), es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo mencionarse la Sentencia 301/2008, de 8 de mayo (NCJ048655), que establece que:

Esta Sala ha declarado reiteradamente que la reparación indemnizatoria que deriva de la observancia del artículo 1.101 viene condicionada a una doble contingencia: la demostración de los daños y perjuicios, cuya existencia y prueba es una cuestión de hecho, y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culposa entendida en sentido amplio (por todas, STS de 29 de septiembre de 1994).

Cualquier indemnización que pueda interesarse derivada del incumplimiento del contrato debe partir de ese incumplimiento o del cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de la relación contractual (así en SSTs 677/2016, de 16 de noviembre (NCJ061955), 62/2019, de 31 de enero y 303/2019, de 28 de mayo), que no aparece en el caso.

Incluso una pretensión basada en la vulneración de los artículos 147 y 148 del texto refundido aprobado por el Real Decreto-Ley 1/2007 sobre los derechos de los consumidores y usuarios, que disponen respectivamente que «los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio», y el párrafo primero del segundo precepto mencionado que «se responderá» de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario», requeriría la constatación de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado producido.

Por otra parte, debe tenerse en consideración un aspecto importante y es que María residía en una residencia, un centro social o asistencial, donde solo se le prestaban los servicios de acuerdo con el contrato suscrito, alojamiento, alimentación y asistencia sanitaria, que normalmente supone el control de la toma de la medicación y el control básico de su salud, pero que nunca puede considerarse un centro hospitalario o sanitario; no estaba ingresada en él para su asistencia médica o tratamiento en el que hubiera existido un déficit funcional o de organización que hubiera provocado un daño a María y en su consecuencia el fallecimiento.

En cualquier caso, no es suficiente que se haya producido un lesión, en este caso el fallecimiento, sino que es preciso la constatación de una relación de causalidad entre la prestación realizada y el daño, y como se desprende del caso no se trataba de un centro

hospitalario, y ello aunque se dispensara asistencia médica normal o básica, y por tanto sin que pueda exigírsele el desempeño de obligaciones que no le son propias; el centro es una residencia a la que accedió María previa la firma del contrato. En este sentido el Tribunal Supremo en la Sentencia 88/2009, de 6 de febrero (NCJ048876) desestimó el recurso de casación fundado en la infracción de los artículos 1 y 28 de la LGDCU, anterior al texto refundido citado, toda vez que no se había «acreditado el nexo causal efectivo entre el daño y una concreta actividad proyectada sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario [...] puesto que se pusieron a disposición del paciente todos los medios que tenía a su alcance la institución sanitaria, pese a lo cual se produjo su fallecimiento»; como se puede apreciar se habla de servicio sanitario o institución sanitaria.

También la Sentencia del Tribunal Supremo 1227/2007, de 15 de noviembre, insiste en la necesidad de acreditar el nexo causal, cuando señala al respecto que: «En cualquier caso, la apreciación de una responsabilidad derivada del funcionamiento del servicio exige la concurrencia del nexo causal, en su doble vertiente, fáctica y jurídica, entre el daño producido y el defecto experimentado en el referido funcionamiento del servicio».

Pues bien, en el presente caso, dicha relación de causalidad no existe, en tanto en cuanto la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia, sino por una causa natural, motivada por un infarto de miocardio, y sin que pueda afirmarse que si María hubiera estado acompañada al sobrevenirle el infarto, se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte. Tampoco las patologías que sufría previamente podían hacer pensar en el riesgo de un fallo cardíaco tributario de una asistencia continua y constante.

4. En consecuencia, en el caso de que se presentara una demanda por los hijos de María, debería acreditarse en la misma la relación causal que debe existir entre la prestación que estaba obligada a realizar la residencia realizada y el daño producido, el fallecimiento, teniendo en consideración la situación personal de María, el contrato suscrito y las obligaciones derivadas del mismo, pues en otro caso se desestimaría la pretensión de responsabilidad patrimonial.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.101, 1.104 y 1.902.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 217.
- Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRLGDCU), arts. 147 y 148.
- SSTS de 23 de febrero de 2006, 2 de marzo de 2006, 15 de noviembre de 2007 (núm. 1227/2007), 8 de mayo de 2008 (núm. 301/2008), 6 de febrero de 2009 (núm. 88/2009), (núm. 677/2016), 16 de noviembre de 2016 (núm. 185/2016), 17 de diciembre de 2019 (núm. 678/2019), 31 de enero de 2019 (núm. 62/2019) y 28 de mayo de 2019 (núm. 303/2019).

# Requisitos de privación de la patria potestad

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

## Extracto

Podríamos resumir la doctrina jurisprudencial sobre la proclamación de los criterios para privar o no de la patria potestad en lo siguiente: a) causa grave probada, subsistente y de entidad; y b) observancia de los principios de necesidad, oportunidad y salvaguarda del interés del menor.

Cuando se rebaja la pensión de alimentos para establecer una compensatoria, la audiencia actúa *extra petita*. Hay una doctrina consolidada en el siguiente sentido: las medidas siempre se adoptan en «beneficio de los menores». Bajar la pensión es perjudicar al menor y su interés está por encima de otro.

**Palabras clave:** patria potestad; menores.

Fecha de entrada: 11-05-2020 / Fecha de aceptación: 27-05-2020

## Enunciado

En un centro penitenciario cumple condena un padre con sentencia de divorcio de su mujer y con un régimen de visitas para con su hija, más la correspondiente pensión de alimentos, y no cuestionándose, en esa sentencia primigenia, la patria potestad conjunta del padre ni la compensatoria para la madre. Pero la madre interpone demanda de modificación de medidas, transcurrido un tiempo que se interpreta como de cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de dictarse la primera sentencia, solicitando la supresión de la patria potestad del padre respecto de un hijo y del régimen de visitas, y todo ello por un indebido ejercicio de la patria potestad tras abandonar al hijo y el escaso tiempo de convivencia con él, incluso cuando vivía en libertad, así como una pensión compensatoria a su favor, sin petición alguna de modificación de la de alimentos establecida. La sentencia de 1.ª instancia accede a la supresión de la patria potestad porque el padre, por los hechos por los que fue condenado: agredir sexualmente a la hermana, revela con su comportamiento estar lejos de poder ejercer la patria potestad con los mínimos deberes de «asistencia moral y material», los incumple de manera grave y reiterada.

Considera, tras analizar el caso y sus circunstancias, y aplicando los siguientes criterios razonados en la sentencia: causa grave probada, subsistente y de entidad, y los principios de necesidad, oportunidad y conveniencia para salvaguardar el interés del menor, que la privación de la patria potestad ha de ser definitiva.

Recurrida en apelación por el padre, se estima parcialmente su recurso y se le priva de esa patria potestad exclusivamente hasta que «se extinga la pena privativa de libertad». La audiencia esgrime como argumento principal que el artículo 170 del CC concede una facultad discrecional al juez, atendiendo a las circunstancias del caso, y que habiendo valorado dichas circunstancias considera que la limitación temporal es suficiente, porque la interpretación de la privación de la misma siempre ha de ser restrictiva. De otro lado, accede a la pensión compensatoria a favor de la madre por dos años y hace uso de la facultad discrecional que le confiere el artículo 752, decretando de oficio pruebas para valorar la pensión compensatoria solicitada, ante la escasez de la proporcionada por la representación de la madre, minorando proporcionalmente la de alimentos previamente fijada en la primera sentencia. Así, la pensión de alimentos se vio reducida de 500 a 200 euros y la pensión compensatoria se estableció en 300 durante un tiempo.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuáles son los criterios para privar temporal o definitivamente la patria potestad del padre, y, en consecuencia, cabe entender correcta la sentencia de la audien-

- cia provincial que solo priva al padre de dicha patria potestad hasta la extinción de la pena privativa de libertad?
2. ¿Se puede minorar la pensión de alimentos para establecer una compensatoria en favor de la madre, como así ha acordado la audiencia en la apelación?

## Solución

1. ¿Cuáles son los criterios para privar temporal o definitivamente la patria potestad del padre, y, en consecuencia, cabe entender correcta la sentencia de la Audiencia provincial que solo priva al padre de dicha patria potestad hasta la extinción de la pena privativa de libertad?

Hemos de empezar por el artículo 170 del CC, en relación con el 154 del mismo texto legal. Un padre divorciado que cumple condena por agresión sexual a una hija, hermana del otro, de quien se pide la privación de la patria potestad. Una madre que la pide indefinida. Un padre que recurre para que se limite esa patria potestad a un tiempo. La sentencia de instancia que da la razón a la madre, y la sentencia de apelación de la audiencia provincial con el fallo ya expuesto en el caso, en la narración fáctica, con los argumentos que justifiquen su pronunciamiento.

Pues bien, esos argumentos son los que vamos a aclarar aquí: con base en qué, con arreglo a qué criterios puede la audiencia limitar o privar en definitiva la patria potestad (o el juzgado de 1.ª instancia). Obsérvese que la sentencia del juzgado de instancia sí alude a la supresión de la patria potestad «porque el padre, por los hechos por los que fue condenado: agredir sexualmente a la hermana, revela con su comportamiento estar lejos de poder ejercer la patria potestad con los mínimos deberes de "asistencia moral y material"». Lo cual está en sintonía con la fundamentación que se extrae de un artículo 170 que prevé la privación total o parcial por incumplimiento de los deberes, por no poder, en definitiva, ejercer la patria potestad.

Resulta asimismo significativo detenerse en la apreciación del incumplimiento grave y reiterado –la audiencia no dice o no parece analizar nada de esto–. De fijarnos otra vez en el precepto 170, de su redacción literal, se extrae como valor esencial para la decisión soberana del juzgador lo grave y lo reiterado del incumplimiento, tanto material como moral. El interno en el centro penitenciario ha agredido sexualmente a la hermana (su hija), y este hecho no impide valorar su comportamiento como padre respecto del otro hijo, al margen, como si fueran independientes.

Por supuesto que la conducta delictiva se proyecta sobre la patria potestad del otro hijo. He aquí, por tanto, otro criterio. Como también que el ejercicio de ese derecho-deber se realiza en beneficio del hijo –no es solo un derecho de los padres–, y por ello, decidir si se mantiene, priva o limita estará en función del beneficio, o lo que es lo mismo, del interés del hijo. Por eso nos recuerda la sala en la Sentencia de 6 de junio de 2014, rec. núm. 718/2012 (NCJ058527), que:

La institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma. [De otro lado, que] su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre 1996; 10 noviembre 2005; 18 octubre 1996; 10 noviembre 2005).

Hemos mencionado el elemento del interés del menor, que vamos a utilizar ahora para rebatir el único argumento de la audiencia para limitar temporalmente la privación de la patria potestad. Si la gravedad y la reiteración son importantes y el ejercicio no es solo un conjunto de derechos, sino de obligaciones, se comprende que el interno difícilmente pueda ocuparse de su hijo dentro del centro penitenciario y que el pasado de él, extramuros de la penitenciaría, también debe analizarse para concluir en él inadecuado por abandono del ejercicio de sus obligaciones como padre, de manera reiterada y grave. Y esto se estudia desde la perspectiva del interés del menor. Este es el dato esencial.

Cuando el artículo 170 del CC dice literalmente: «El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial», está estableciendo una cláusula general de amplia y discrecional interpretación judicial. Pero eso no significa que no haya un control, atendidas las circunstancias del caso en concreto; de tal suerte que, si los padres actúan en interés del menor, el juez también debe entender ese artículo desde la perspectiva del menor al que lo va a aplicar.

De ahí que la jurisprudencia haya recalcado al respecto, de una manera muy gráfica, en su STS 183/1998, de 5 marzo, interpretando el contenido del artículo 170 del CC y las circunstancias del caso, lo siguiente: si bien «exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...], en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor». Como se puede ver en el caso, la audiencia ha decidido sin invocar el interés del menor que racionaliza y controla esa aparente discrecionalidad de su decisión. Le ha faltado también la ponderación del control que tiene su fundamento, entre otros preceptos o disposiciones, en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. Agredir a la hermana supone poner en peligro grave al otro hermano; no convivir mucho tiempo en el pasado con el hijo tampoco le beneficia. En definitiva, el interés del menor pasa por la privación definitiva de la patria potestad.

Ahora bien, hay que mencionar una jurisprudencia que viene de antiguo y que proclama la excepcionalidad, y por ello, a pesar de lo dicho, no basta con el incumplimiento grave, sino que su adopción sea aconsejable según las circunstancias de cada caso. Así, la STS de 6 de julio de 1996 declara que

El artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva. La aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma.

Es una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle la asistencia de todo orden –artículo 39.3–, por lo que todas las medidas judiciales relativas a ella han de adoptarse considerando primordialmente el interés superior del hijo, como indica la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre de 1989, artículos 3.1, 9 y 18.1, en cuyo beneficio está concebida y orientada esta institución.

Por ello, la privación de la patria potestad del Código Civil, que por su gravedad ha de reputarse excepcional y aplicarse únicamente en casos extremos, no puede ser considerada sin más una especie de sanción abstracta a la conducta indigna de sus titulares, pues sobre tal consideración prima el interés del menor y, por ello mismo, la conveniencia y oportunidad de tan rigurosa medida para su adecuada protección. Así pues, para establecerla no basta la sola constatación de un incumplimiento, aún grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor.

En definitiva, agrupando toda la doctrina jurisprudencial y reiterando el error de la audiencia y el acierto del juzgado de 1.ª instancia, la proclamación de la privación de la patria potestad se debe fundamentar en esto –según la STS de 6 de julio de 1996–:

- a) Causa grave probada, subsistente y de entidad;
- b) aplicando los principios de necesidad, oportunidad y conveniencia si así se salvaguarda el interés del menor.

2. ¿Se puede minorar la pensión de alimentos para establecer una compensatoria en favor de la madre, como así ha acordado la audiencia en la apelación?

Vemos que la sentencia de 1.ª instancia no acuerda una pensión compensatoria a la mujer, solo determina la pensión de alimentos en favor del hijo. Dejando al margen las consideraciones relativas a la existencia de circunstancias no tenidas en cuenta cuando se dictó la primera resolución, tal y como exige el artículo 775 de la LEC –no es cuestión aquí su examen– y, por tanto, si procede o no considerar como tal aquella que permite a la madre solicitar ahora –y no entonces– una compensatoria, de lo que se trata es de contestar a la pregunta siguiente: ¿cabe compensar los alimentos al imponer una compensatoria a la mujer?

Los alimentos sustentan al hijo y la pensión a la mujer se fundamenta en su dedicación a la familia que le impide su desarrollo personal o laboral. Los principios de proporcionalidad y necesidad rigen en esta materia, y si, por un lado, se impone una pensión compen-

satoria de 300, mantener la de alimentos igual hace imposible el pago de la totalidad de las dos pensiones. En cualquier caso, la respuesta pasa por reflexionar acerca de la naturaleza jurídica de ambas figuras, respondiendo siempre en atención al interés del menor.

¿Qué puede decirse de la pensión de alimentos del hijo? Respetando –como se ha dicho– el principio de proporcionalidad, y sabiendo que la discrecionalidad impera en esta materia de orden público, pero asentada en la valoración de la prueba, la audiencia, cuando cifra la pensión de alimentos del hijo y la minora, puede estar aplicando la discrecionalidad aludida, pero con prueba. Es decir, la discrecionalidad no implica arbitrariedad.

Nos recuerda la jurisprudencia a este respecto:

La institución del derecho de alimentos entre parientes, entre los que se encuentran los hijos, bien sean mayores o menores de edad, descansa en principios de solidaridad familiar, alcanzando inclusive rango constitucional en lo concerniente a los hijos, según el artículo 39.2 y 3 de nuestra Carta Magna, que sin embargo viene a distinguir entre la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. La determinación de la cuantía de los alimentos, proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 CC), es facultad del juzgador de instancia –y por ende de la presente Sala– (SSTS 20 diciembre, 28 junio 1951, 21 diciembre 1951, 30 diciembre 1986, 18 mayo 1987 y 28 septiembre 1989), estando informada toda la normativa legal, reguladora de las medidas relativas a los hijos, por el criterio fundamental del «favor filii» (SSTS 31 diciembre 1982 y 2 mayo 1983).

Tras esta jurisprudencia no se esconde, en principio, una clara oposición a la compensación con la pensión de la madre, y, en tal sentido, diríamos que no hay problema en ello si el hijo obtiene una pensión que responda a la solidaridad familiar y a las necesidades, según la capacidad del padre y en función de la proporcionalidad. De otro lado, hay pronunciamientos que refuerzan la institución en favor de los alimentos, pues estos, aun no solicitados por nadie, se hallan amparados de oficio por el juez; no requieren justicia rogada para su imposición. Así lo declara la STS de 27 de diciembre de 2017:

Teniendo en cuenta el interés del menor y que las medidas que a ellos afectan deben adoptarse de oficio, sin estar sometidas a la justicia rogada, la ausencia de la actora a la vista puede incidir en la determinación del *quantum* de la pensión, pero no justificar, como afirma la recurrente y el Ministerio Fiscal, la ausencia de decisión sobre tan trascendental medida en beneficio de los menores.

El artículo 93 del CC obliga al juez «en todo caso» a imponer una pensión de alimentos. Es más, el juez puede hacer uso de lo dispuesto en el artículo 752 de la LEC y decretar de «oficio cuantas pruebas estime pertinentes». Como así se adivina en el caso práctico. Eso es lo que hace la audiencia provincial para soslayar la carencia probatoria de la representación de la madre que solicita pensión.

¿Qué decir de la compensatoria? En primer lugar, no podemos olvidar que la madre solo ha pedido la pensión compensatoria y que la audiencia ha minorado, al fijarla, la de alimentos del menor, basándose en el principio de oficio y de libertad de prueba (art 752 LEC). Es decir, compensa una con otra. La naturaleza de dicha pensión se fundamenta en la dedicación pasada y futura a la familia, en la actividad desplegada durante la convivencia. Eso es un valor que ha de compensarse temporalmente. La sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 (rec. núm. 52/2006, [NCJ051963]) se decanta por la tesis que sostiene que para apreciar la procedencia y en su caso la cuantía,

habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente: la dedicación a la familia, la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil tienen una doble función:

- a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.
- b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión.

A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

- a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.
- b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.
- c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal.

Fijando como doctrina jurisprudencial que:

Para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio.

Se supone que con estos parámetros la audiencia ha decidido una pensión temporal para la madre más que cuestionable, por lo que iremos diciendo.

Ahora bien, dicho todo lo anterior, instruidos sobre la naturaleza jurídica de las dos figuras, no podemos sino adentrarnos en la solución a la pregunta, empezando por el siguiente dato: al rebajar la pensión de alimentos del hijo se ha podido producir una *reformatio in peius*, con vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues el hijo ve empeorada su situa-

ción respecto de la sentencia anterior; además, entra en juego el principio de protección del menor, y también los artículos 39.2 y 3 de la CE y el artículo 2 de la Ley 8/2015 de 22 de julio,

vulnerando la doctrina consolidada del Tribunal Supremo que sostiene que toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos debe estar informada por el criterio fundamental del relevante *favor filii*, y de las características, naturaleza, destino y fundamento del derecho de alimentos (arts. 142 y ss. del CC), en relación con los arts. 92, 93 y 154.1), presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el artículo 477.3 de la LEC, pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo.

Por otro lado, el artículo 151 del CC dice literalmente: «No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos».

No conviene olvidar lo siguiente: cuando se rebaja la pensión de alimentos para establecer una compensatoria, sucede que la audiencia actúa *extra petita*. Nadie le ha pedido una minoración de la pensión del hijo. Este es otro motivo en contra de su decisión. Podríamos acogernos a lo dicho antes, es decir, como no rige el principio de justicia rogada y el tribunal puede obrar de oficio, discrecionalmente, la audiencia se permite la compensación y la rebaja de los alimentos aunque no se le haya pedido expresamente. Pero sucede que ya hay una doctrina consolidada en el siguiente sentido: las medidas siempre se adoptan en «beneficio de los menores» y punto. Es así de simple. Bajar la pensión es perjudicar al menor. Su interés está por encima de otro. Además, el caso plantea una compensatoria por dos años, sin saber qué ocurrirá después con los alimentos del hijo más allá de los dos años. Hay una contradicción interna y externa, porque tampoco existe una motivación, sino una omisión, como se ha dicho, de los argumentos más allá del bienio, dejando la pensión del hijo sin una delimitación cuantitativa clara más allá del tiempo concedido a la pensión compensatoria. Finalmente, la decisión de la audiencia empeora la situación del hijo, con lo cual la *reformatio in peius* es de libro, vulnerando la tutela judicial efectiva.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 9.3 y 24.
- Código Civil, arts. 92, 93, 97.2, 142, 146, 150, 151, 154 y 170.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 477.3, 752 y 775.
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, arts. 3.1, 9 y 18.1.
- SSTS de 28 de junio, 20 diciembre y 21 de diciembre de 1951, 31 de diciembre de 1982, 2 de mayo de 1983, 30 de diciembre de 1986, 18 de mayo de 1987, 28 de septiembre de 1989, de 5 marzo de 1998, 19 de enero de 2010, 25 de abril de 2011, 5 de octubre, 13 de junio, 25 de abril y 2 de noviembre de 2011, 6 de febrero de 2012, 19 de mayo y 6 de junio de 2014 y 13 de enero de 2017.

# Contrato administrativo de servicios. Duración del procedimiento de adjudicación y recurso especial en materia de contratación

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa  
Profesor del CEF-*

## Extracto

El caso plantea cuestiones jurídicas de diversa índole en relación con un contrato de servicios en el que el riesgo financiero lo asume la contratista. Se analizan las vicisitudes expuestas en el relato de hechos sobre el procedimiento de adjudicación y sobre la decisión de la mesa de contratación, excluyendo a determinados contratistas. Igualmente: la procedencia o no de impugnar el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado en su día y si la legitimación para recurrir la adjudicación la tiene la UTE, en su conjunto, o, por el contrario, puede impugnar independientemente una empresa de la misma. Finalmente, se plantea si la contratista adjudicataria debe cumplir la prórroga pactada del contrato o no.

**Palabras clave:** contratos administrativos; contrato de servicios; duración; adjudicación.

Fecha de entrada: 02-05-2020 / Fecha de aceptación: 26-05-2020

## Enunciado

El gerente del organismo autónomo XXX, dependiente del ministerio competente en materia de Cultura, desea celebrar un contrato para la prestación de servicios de cafetería en la sede de uno de sus museos a su cargo, en el que la contratista cobrará directamente de los ciudadanos los servicios prestados. Es de hacer constar que el contratista debía afrontar la totalidad de las obras importantes para el acondicionamiento del local al fin pretendido.

En el contrato se tendrán en cuenta para la adjudicación varios criterios y se utilizará el procedimiento restringido. La duración del contrato será por tres años prorrogables por otros tres y el valor estimado será de 240.000 euros, excluido el IVA.

En el procedimiento de adjudicación se produjeron, entre otras, las siguientes circunstancias:

- a) El órgano de contratación señaló el número mínimo de empresarios para invitar al procedimiento en cuatro.
- b) El plazo de recepción de solicitudes para la selección de candidatos se fijó en 8 días.
- c) Seleccionados los candidatos, se fijó el plazo para presentar proposiciones en 9 días.
- d) Se fijó como criterio de adjudicación que en las ofertas se hiciera indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

Entre otros, se presentaron los siguientes candidatos:

- a) Una sociedad anónima que no se encontraba clasificada.
- b) Una unión temporal de empresarios que no había formalizado su unión en escritura pública.
- c) Una sociedad de responsabilidad limitada cuyo representante legal olvidó la firma en la documentación presentada.
- d) Una sociedad anónima que, días antes, había sido declarada en concurso necesario de acreedores.
- e) Una entidad mercantil cuyos titulares habían sido condenados por un delito contra los derechos de los trabajadores.

La mesa de contratación, en su propuesta, excluyó a los licitadores descritos bajo las letras a) y b). La empresa a) interpuso ante esta exclusión recurso de reposición.

Por su parte, la sociedad anónima del apartado d) presentó recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares en el plazo de 15 días hábiles desde que se le notificó la adjudicación del contrato, que había recaído en el licitador a que se refiere el apartado c). El recurso fue presentado, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 39/2015, en la oficina de asistencia correspondiente.

Resuelto recurso en sentido desestimatorio a sus pretensiones, solicitó la revisión de oficio por la vía del artículo 106.1, por la existencia de un vicio de nulidad en el procedimiento de contratación.

Por su parte, una empresa que formaba parte de la UTE, y que había quedado como segunda mejor oferta, presentó recurso contencioso-administrativo contra la adjudicación porque, en su opinión, su objeto social no guarda relación ninguna con el contenido del contrato. Este recurso no fue admitido por falta de legitimación, al estimarse que es, en su totalidad, la UTE la legitimada, la que tiene personalidad jurídica y no cada uno de sus miembros.

Adjudicado el contrato y transcurridos los cinco primeros años desde que se inició la ejecución del mismo, el contratista se niega a cumplir la prórroga pactada, debido a la mala situación económica por la que atravesaba.

Cuestiones planteadas:

1. Naturaleza del contrato. Opinión que le merece la procedencia de la duración y la prórroga del contrato. ¿Resulta ajustado a derecho que como criterio de adjudicación se estableciera indicación de las medidas medioambientales que el empresario aplicaría al ejecutar el contrato?
2. Analice las circunstancias de la adjudicación referidas en el relato de hecho.
3. Comente el ajuste a derecho de las ofertas presentadas.
4. Exponga los medios de defensa jurídicos con que cuentan a) y b), al haber sido excluidos por la mesa de contratación (todas las posibilidades de recursos posibles y, en su caso, los plazos para interponerlos).
5. Una de las empresas, solamente, que conformaban la UTE fue la que interpuso el recurso oportuno que no fue admitido por falta de legitimación. ¿Fue ajustada a derecho esta resolución judicial? Indique todos los medios de defensa a los que podría acudir esa empresa si no se le dieran la razón.
6. ¿Cómo se resolverá el recurso presentado por la sociedad a que se refiere el apartado d)? ¿Qué efectos producirá la presentación del recurso respecto al procedimiento? ¿Qué ocurrirá si el recurso se presenta en papel de forma personal mediante la representación de la empresa? ¿Cómo se resolverá la revisión de oficio solicitada?

7. ¿Cómo debe resolverse el recurso de reposición interpuesto por la empresa a que se refiere la letra a)?
8. ¿En qué caso nunca cabe este recurso? ¿Qué opinión le merece que, resuelto el recurso, plantee la revisión de oficio?
9. ¿Se podría negar el contratista a cumplir la prórroga pactada?
10. ¿Cómo podría reaccionar el órgano de contratación ante esta negativa? ¿Qué efectos inmediatos y posteriores produciría sobre el contratista?
11. ¿Era preciso otorgarle previamente a la contratista la concesión demanial para la utilización del bien?

## Solución

1. Naturaleza del contrato. Opinión que le merece la procedencia de la duración y la prórroga del contrato. ¿Resulta ajustado a derecho que como criterio de adjudicación se estableciera indicación de las medidas medioambientales que el empresario aplicaría al ejecutar el contrato?

Respecto a la competencia para celebrar el contrato, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 323.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP): en caso de organismos autónomos le corresponde a los presidentes o directores de los organismos autónomos, a falta de disposición específica sobre el particular, recogida en las correspondientes normas de creación o reguladoras del funcionamiento de esas entidades.

Luego, el gerente, en principio, no es competente, salvo supuesto de delegación o que las normas de creación o reguladoras del organismo así lo prevean. Si no estamos ante uno de estos dos supuestos, el contrato será anulable, conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y, por tanto, convalidable por el presidente o director.

Se trata de un contrato de servicios definido en el artículo 15 de la LCSP como aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

Es un contrato en el que el riesgo financiero corre a cargo de la contratista, ya que el supuesto de hecho señala, de forma clara, que la contratista se cobrará de lo que obtenga de los ciudadanos por la prestación de sus servicios.

A tenor del artículo 22.1 b) de la LCSP, está sujeto a regulación armonizada, ya que su valor estimado supera los 214.000 euros.

En cuanto a la opinión sobre la duración de la prórroga del contrato, el artículo 29 de la LCSP señala que los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.

Excepcionalmente, en los contratos de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

Por tanto, en principio, excede del plazo general de cinco años incluidas las prórrogas. Sin embargo, a tenor del párrafo segundo, y teniendo en cuenta que ha debido realizar obras importantes y el uso limitado, respecto a los usuarios del servicio, toda vez que se trata de una cafetería sita dentro de un edificio oficial, pudiera justificar que hubiere establecido el plazo de seis años de duración.

Pero también es cierto que el artículo 99.2 de la LCSP señala que:

No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

Y el apartado 3 señala que:

Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

Se trata con ello de favorecer a la pequeña y mediana empresa, pero la interpretación que cuando conviene el fraccionamiento no dependerá de las circunstancias de cada caso y en este, habida cuenta del gasto importante que ha debido soportar el contratista para adecuar el local a los fines previstos, así como lo limitado del número de usuarios del servicio, dada la ubicación de aquel, pudieran justificar el no fraccionamiento del objeto del contrato.

2. Analice las circunstancias de la adjudicación referidas en el relato de hecho.

a) El artículo 160.1 y 2 de la LCSP señala que:

1. En el procedimiento restringido cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación.
2. Solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación.

Por su parte el artículo 162.2 señala que:

El órgano de contratación señalará el número mínimo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a cinco. Cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones.

De ello se deduce que, aunque lo normal es que el número mínimo que debe de invitar a participar en el procedimiento no podrá ser inferior a cinco, sin embargo es posible que el número de candidatos que cumplen los criterios de selección sea inferior a ese número y, por tanto, como ha ocurrido en este caso, no puede invitar a más de cuatro. Si esto es así no estamos en presencia de ningún tipo de vicio de invalidez. Si alguno que cumpliera los requisitos exigidos se hubiere visto excluido por este motivo, deberá probarlo para que se considere un vicio de anulabilidad o incluso de nulidad del artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, por vulnerar un derecho fundamental susceptible de amparo, como por ejemplo puede ser el principio de igualdad del artículo 14.

b) Respecto al plazo para la recepción de solicitudes para ser seleccionado.

El artículo 163.1 señala que:

Las invitaciones contendrán una referencia al anuncio de licitación publicado e indicarán la fecha límite para la recepción de ofertas; la dirección a la que deban enviarse y la lengua o lenguas en que deban estar redactadas; los documentos que, en su caso, se deban adjuntar complementariamente; los criterios de adjudicación del contrato que se tendrán en cuenta y su ponderación relativa o, en su caso, el orden decreciente de importancia atribuido a los mismos, si no figurasen en el anuncio de licitación; y el lugar, día y hora de la apertura de proposiciones.

Como vemos, la norma no establece plazo alguno para ello, en principio. Todo dependerá de la complejidad de los documentos a acompañar y de lo que se solicite, pues debe otorgarse

un tiempo suficiente para poder acreditar lo que se exige para tomar parte en la licitación de las empresas previamente seleccionadas. En el caso que comentamos ignoramos cuáles son esas exigencias y si los 8 días establecidos es plazo suficiente o no. De cualquier forma, no podemos olvidar lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 39/2015, en el sentido de que los defectos de términos y plazos son vicios de anulabilidad si así lo impone la naturaleza del término o el plazo. Por tanto, habría que probar que se ha producido una indefensión real y efectiva.

c) Seleccionado los candidatos, se fijó el plazo para presentar proposiciones en 35 días.

El artículo 164 de la LCSP señala:

1. El plazo general de presentación de proposiciones en los procedimientos restringidos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada será el suficiente para la adecuada elaboración de las proposiciones en función del alcance y complejidad del contrato. En cualquier caso no será inferior a treinta días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita.

El plazo general previsto en el párrafo anterior podrá reducirse en los siguientes casos:

a) Si se hubiese enviado el anuncio de información previa, el plazo general podrá reducirse a diez días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio de información previa se hubiese enviado cumpliéndose los requisitos que establece la letra a) del apartado 3 del artículo 156.

b) Cuando el plazo general de presentación de proposiciones sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119 [que razones de interés público lo aconsejen], el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a diez días contados desde la fecha del envío de la invitación escrita.

c) Si el órgano de contratación aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, podrá reducirse el plazo general de presentación de proposiciones en cinco días.

Por lo tanto, solo en el caso del apartado c) podría ser válido el plazo de nueve días para presentar ofertas. Aunque reiteramos el comentario realizado en el apartado anterior respecto a la infracción de plazos.

Se fijó como criterio de adjudicación que en las ofertas se hiciera indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato. No puede fijarse como criterio de adjudicación del contrato el señalado, en primer lugar, porque el artículo 90.1 g) establece este criterio como de solvencia, que se ha de acreditar y exigir con anterioridad al acto de la adjudicación, y, en segundo lugar, porque de la natu-

raleza del contrato de servicios consistente en explotar una cafetería, en principio, no parece que tenga mucha relación con el criterio exigido.

### 3. Comente el ajuste a derecho de las ofertas presentadas.

a) Una sociedad anónima que no se encontraba clasificada.

En el artículo 77 b) de la Ley 9/2017 se establece que para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario. En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional, tanto en los términos establecidos en los artículos 87 y 90 de la ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato, según el Vocabulario común de contratos públicos aprobado por Reglamento (CE) 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002. Luego esta sociedad anónima podría presentar ofertas.

b) Una unión temporal de empresarios que no había formalizado su unión en escritura pública.

El artículo 69 de la LCSP no exige la escritura pública a las UTE hasta que se realice la adjudicación a su favor del correspondiente contrato.

c) Una sociedad de responsabilidad limitada cuyo representante legal olvidó la firma en la documentación presentada.

A tenor del artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratos, la mesa de contratación debió otorgarle hasta tres días hábiles para subsanar el defecto, y solo transcurrido este plazo sin subsanarlo, podría excluirle mediante resolución expresa.

d) Una sociedad anónima que, días antes, había solicitado la declaración de concurso de acreedores.

El artículo 71.1 c) considera incurso en causa de prohibición para ser contratista «haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso». Por lo tanto, en principio, esta incurso en causa de

prohibición salvo que se haya celebrado un convenio con los acreedores o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos o estar sujetos a intervención judicial.

e) Una entidad mercantil cuyos titulares habían sido condenados por un delito contra los derechos de los trabajadores.

Esta causa de prohibición para ser contratista se contempla en el artículo 71.1 a) de la LCSP.

Pero ha de tratarse de una condena en firme y, por otra parte, no opera automáticamente, sino que exige el procedimiento oportuno para que se declare por la autoridad administrativa competente el tiempo de duración de la prohibición. Luego, en principio, salvo que esto ocurra, puede presentar ofertas para la adjudicación del contrato.

4. Exponga los medios de defensa jurídico con que cuentan a) y b), al haber sido excluidos por la mesa de contratación (todas las posibilidades de recursos posible y, en su caso, los plazos para interponerlos).

Como observamos claramente, las empresas a) y b) fueron excluidas indebidamente por la mesa de contratación, puesto que no estaban incurso en ninguna causa de prohibición para ser contratistas y en principio tenían la capacidad suficiente para poder ser adjudicatarias del contrato en cuestión.

Ante esta circunstancia, al ser un contrato sujeto a SARA sus opciones eran:

- Plantear directamente recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses ante el Juzgado Contencioso-Administrativo competente, o bien,
- Plantear en primer lugar el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017, ante el oportuno Tribunal Central de Recursos Contractuales o similar de la Comunidad autónoma en el plazo de 15 días hábiles a contar desde el día siguiente a que tuvo lugar la notificación o desde que tuvo conocimiento de la infracción. Agotada la vía del recurso especial en materia contractual podría plantearse recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia, si la resolución la dictó el Tribunal de recursos contractuales de la comunidad autónoma (art. 11 de la Ley 29/1998, de la jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA–) o ante la Audiencia Nacional si la resolución la dictó el Tribunal Central de recursos contractuales (art. 12 LJCA).
- Cabría el recurso especial en materia de derechos fundamentales regulado en los artículos 114 y siguientes de la LJCA si el recurso se funda únicamente en la infracción de ese tipo de derechos, como, por ejemplo, una infracción del principio de igualdad el artículo 14 del CE. El plazo para plantear el recurso sería de 10 días desde la notificación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 115 de la LJCA. En este

caso, agotada la vía judicial ordinaria, cabría plantear recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, al amparo de lo expuesto en el artículo 53 de la CE. En este supuesto, el plazo sería de 20 días tras el agotamiento de la vía judicial ordinaria.

5. Una de las empresas, solamente, que conformaban la UTE fue la que interpuso el recurso oportuno que fue no admitido por falta de legitimación. ¿Fue ajustada a derecho esta resolución judicial? Indique todos los medios de defensa a los que podría acudir esa empresa si no se le dieran la razón.

El problema que se plantea es si cada uno de los integrantes de la UTE está para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación del contrato o, por el contrario, solo está legitimada la UTE como tal.

Al respecto, debemos señalar que el artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción reconoce legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

Identificar este interés legítimo consistente en obtener con el fallo estimatorio un beneficio o una ventaja o en evitar gracias a él un perjuicio o una desventaja. Apremiar su concurrencia es cuestión que se debe resolver caso por caso, atendiendo a las circunstancias concretas de cada litigio, sin que quepan reglas generales.

En este caso se trata de decidir sobre la legitimación activa de los integrantes de una unión temporal de empresas con el objeto de anular la adjudicación de un contrato administrativo y posterior adjudicación a la unión temporal, al haber quedado segundos en la licitación. No busca, pues, una indemnización para ella, sino la concesión para la unión temporal de la que formaba parte.

Pero pese a no pedirse aquí un resarcimiento sino, en último extremo, la adjudicación de la concesión, sí le asiste el interés legítimo, pues la eventual anulación de la adjudicación y la declaración de adjudicataria le colocaría, en cuanto integrante de esa unión temporal de empresas, en una posición activa o de ventaja y no es, en principio, relevante la actitud extraprocésal del resto de empresas que formaban parte de la unión temporal de empresas y, mucho menos, la presunción de cuál pudiera ser en el escenario de la hipotética estimación. Debe contar solamente la relación de la recurrente con el objeto del litigio y, en particular, la que se producirá de prosperar sus tesis.

Esa posición activa o de ventaja, cuyas consecuencias no es el caso de determinar ahora si supondría un beneficio para el recurrente, y en obtenerlo, precisamente, reside su interés, que es legítimo, concreto, material, no un mero interés por la legalidad, y este es un motivo suficiente para fundamentar la legitimación activa.

Entre otras muchas, la reciente STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de febrero de 2020, rec. núm. 36/2018 (NCJ064589) así lo estableció siguiendo la doctrina jurisprudencial de otras muchas sentencias, tales como la de fecha 28 de febrero de 2005 (casación n.º 161/2002), 11 de julio de 2006 (casación n.º 410/2004), 13 de mayo de 2008 (casación n.º 1827/2006), 23 de julio de 2008 (casación n.º 1826/2006) y la sentencia 1327/2019, de 8 de octubre

Respecto a los medios de defensa que tendría esta empresa, debemos aclarar que antes de interponer el recurso contencioso-administrativo que no fue admitido, hubiera sido posible, como el contrato estaba sujeto a SARA, plantear recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal de Recursos Contractuales, que era potestativo, pero al no hacerlo así, y si no se estimara su pretensión, ya en vía contencioso-administrativa, las distintas instancias procesales serían los siguientes:

- a) Contra la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación podría interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia (art. 10.2 LJCA), pues a tenor del artículo 80.1 c) de la LJCA, los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo –que era el competente a tenor del artículo 8 LJCA para conocer, en primera instancia, del recurso planteado por la empresa– que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo son siempre susceptibles de apelación.
- b) Si este recurso de apelación se resolviera de forma desestimatoria, cabría recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a tenor de los artículos 86 y siguientes de la LJCA, pues señala dicho precepto en su apartado 1 que:

Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Y, en su apartado 3:

Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia solo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

En este caso se fundamenta en infracción de normas del derecho estatal, como es la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Muy importante es lo dispuesto en el artículo 88.1 para la admisión de este recurso, en el sentido de que el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

- c) Agotada la vía judicial ordinaria, sin que se reconozca su pretensión de legitimación para recurrir, tiene la posibilidad de acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la presunta vulneración del derecho fundamental contemplado en el artículo 24 de la CE, consistente en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues se le ha producido una evidente indefensión contraria al ordenamiento jurídico, como ya hemos señalado con anterioridad.

6. ¿Cómo se resolverá el recurso presentado por la sociedad a que se refiere el apartado d)? ¿Qué efectos producirá la presentación del recurso respecto al procedimiento? ¿Qué ocurrirá si el recurso se presenta en papel de forma personal mediante la representación de la empresa? ¿Cómo se resolverá la revisión de oficio solicitada?

- a) Resolución del recurso

En el recurso interpuesto por la sociedad a que se refiere el apartado d), el relato de hechos se resolverá, casi con toda probabilidad, no admitiéndose, porque es cierto que a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 9/2017, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares cabe interponer recurso especial en materia de contratación, a tenor del artículo 44.1.1 y 2 de la citada ley, que tenía legitimación a tenor de lo establecido en el artículo 48, pero el plazo de interposición de este recurso, a tenor del artículo 50.1, es de 15 días hábiles, y según el artículo 50.2, cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación, el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

Lo lógico, por tanto, es que, habiéndose ya adjudicado el contrato, ese plazo para impugnar los pliegos había pasado en exceso y, por tanto, el recurso debió ser declarado extemporáneo o presentado fuera de plazo, a tenor del artículo 55 d) de la LCSP.

Al no haberse recurrido los pliegos en tiempo y forma, nos encontramos ante un acto consentido que, si es firme, ya no cabe recurso.

b) Efectos de la presentación del recurso.

Respecto a los efectos que produciría la interposición del recurso especial en materia de contratación, a tenor del artículo 50 de la LCSP, es que quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que con relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3.

c) Presentación del recurso en papel. Efectos.

En relación con qué ocurriría si el recurso se hubiera presentado en papel de forma personal por la representación de la empresa, debemos señalar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 39/2015, al tratarse de persona jurídica, está obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración.

Por otro lado, respecto a la forma de interposición se señala, en el apartado 1 e), que en el escrito de interposición se hará constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de la misma naturaleza que las mencionadas en el artículo 49, cuya adopción solicite, acompañándose también una dirección de correo electrónico «habilitada» a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones, y en el 2, que la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá utilizarse la comunicación oral para comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación, siempre que el contenido de la comunicación oral esté suficientemente documentado. A este respecto, los elementos esenciales de un procedimiento de contratación incluyen: los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación y las ofertas. En particular, las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas estarán documentadas de modo suficiente y a través de los medios adecuados, tales como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación.

En el apartado 3 se establece que la presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional, aunque en los apartados siguientes se contienen diversas excepciones.

Luego lo que el Tribunal de Recursos Contractuales debe hacer ante la presentación en papel, suponemos que en el plazo marcado por la ley, que le remite la oficina de asistencia donde fue presentada, es aplicar lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP:

Para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La presentación de documentación subsanada se hará, necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

Si en ese plazo no lo subsana y lo hace a través de medios electrónicos, el tribunal dictará resolución teniéndole por desistido del procedimiento.

### 7. ¿Cómo debe resolverse el recurso de reposición interpuesto por la empresa a que se refiere la letra a)?

Este recurso se resolverá no admitiéndose, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44.5, que señala que contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo, como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios. Como estamos en presencia de un contrato sujeto a SARA, el único recurso administrativo posible es el recurso especial en materia de contratación.

Entendemos que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, en el sentido de que el error en la calificación del recurso no es obstáculo para su tramitación si se deduce su verdadero carácter, porque el órgano competente para la resolución del mismo es un tribunal especializado y no el mismo órgano que ha dictado el acto susceptible de recurso.

### 8. ¿En qué caso nunca cabe este recurso? ¿Qué opinión le merece que, resuelto el recurso, plantee la revisión de oficio?

Según el artículo 44.2.4, no se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 59.3, no procederá la revisión de oficio de los actos dictados por los órganos competente para la resolución del recurso.

### 9. ¿Se podría negar el contratista a cumplir la prórroga pactada?

La respuesta la encontramos en el artículo 29 2 de la LCSP que establece que:

El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor. Quedan exceptuados de la obligación de preaviso los contratos cuya duración fuera inferior a dos meses.

En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes.

La prórroga del contrato establecida en este apartado no será obligatoria para el contratista en los casos en que en el contrato se dé la causa de resolución establecida en el artículo 198.6 por haberse demorado la Administración en el abono del precio más de seis meses.

#### 10. ¿Cómo podría reaccionar el órgano de contratación ante esta negativa? ¿Qué efectos inmediatos y posteriores produciría sobre el contratista?

Si hubo el preaviso a que nos hemos referido en la pregunta anterior, no era obligatorio cumplir la prórroga prevista, sin que fuese precisa ninguna resolución ni aceptación por parte de la Administración.

En el caso de que no se hubieren producido el preaviso, del precepto del artículo 29.2 de la LCSP se deduce claramente que era obligatoria para la parte contratista. Si no hiciera frente a ella, incurriría en:

- Posibilidad de imposición de penalidades previstas en los artículos 192 (por incumplimiento parcial del objeto del contrato) o 193 (por demora en la ejecución del contrato, en su caso) y 194 (indemnización de daños y perjuicios en su caso). En todo caso, habría que estar respecto a las penalidades a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de explotación.
- Resolución del contrato si se opta por la resolución por la demora del contratista según el artículo 195 de la LCSP. Exigirá un procedimiento sin otro trámite preceptivo de la audiencia de la contratista y si hay oposición por parte de este dictamen del Consejo de Estado.
- Resolución por incumplimiento de la obligación principal del contratista, recogida en el artículo 211.1 f) de la LCSP.
- Incautación de la garantía definitiva si se hubiese prestado, conforme al artículo 213.3 de la LCSP.

Conforme al artículo 212.1, la resolución del contrato se acordaría por el órgano de contratación, en este caso, de oficio, aunque se admite también la solicitud de la contratista como forma de iniciación y, en su caso, se abriría un procedimiento administrativo donde debe garantizarse la audiencia de la contratista que, previo los informes oportunos, en su

caso el del Consejo de Estado en los casos previstos, debería resolverse en el plazo de ocho meses, a tenor de lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP.

En cuanto a los efectos posteriores de esta extinción del contrato mediante resolución por incumplimiento de la obligación principal del contratista, sería la de estar incurso en causa de prohibición, a tenor del artículo 71.2 d), por haber dado lugar a la resolución del contrato por su culpa. La duración de la causa de prohibición, conforme a lo establecido en el artículo 72, se establecerá por el órgano de contratación a través de un procedimiento, no pudiendo exceder la duración de cinco años.

#### 11. ¿Era preciso otorgarle previamente a la contratista la concesión demanial para la utilización del bien?

No era preciso con carácter previo concederle la concesión del dominio público, porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 91.4 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquel. Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14 y 24.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 10.2, 12, 19.1, 86, 88.1, 114 y 115.
- Ley 33/2003 (LPAP), art. 91.4.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 14, 47.1, 48 y 49.
- Ley 9/2017 (Contratos del Sector Público), arts. 15, 22, 29, 44, 48, 50, 51.2, 55, 56.3, 69, 71, 77, 87, 90, 99, 119, 156, 160, 162, 163.1, 164, 192, 193, 195, 203, 207, 212, 213 y 323.2.
- SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de febrero de 2005 (casación núm. 161/2002), 11 de julio de 2006 (casación núm. 410/2004), 13 de mayo de 2008 (casación núm. 1827/2006), 23 de julio de 2008 (casación núm. 1826/2006), 17 de febrero de 2020 (rec. núm. 36/2018) y 1327/2019, de 8 de octubre (casación núm. 5824/2017).

## Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1699-129X (en versión impresa) e ISSN-e 2531-2146 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil, Constitucional y Administrativo y Penal.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <[www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm](http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm)>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

### Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección [revista@cef.es](mailto:revista@cef.es), identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:
  - Título en español e inglés.
  - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
  - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
  - Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).
3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
  - Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
  - Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
  - Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<[www.normacef.es](http://www.normacef.es)>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (6.ª ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

## Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



## Más de **350 libros digitales** en las áreas de

- Calidad y medioambiente
- Ciencias de la salud
- Contabilidad
- Derecho administrativo
- Derecho civil
- Derecho constitucional
- Derecho laboral y Seguridad Social
- Derecho mercantil
- Derecho penal
- Derecho procesal
- Economía y finanzas
- Educación
- Historia
- Idiomas
- Informática
- Ingeniería
- Marketing
- Periodismo
- Psicología
- Recursos humanos
- Tributación

// Facilidades de pago

// Entrega inmediata

// También en papel

# CEF.-

## Seguimos trabajando para ti.

**+30 Másteres**

**+200 Cursos**

### ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

[ Consulta nuestra oferta formativa completa en [www.cef.es](http://www.cef.es) ]



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE