

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 275 | Diciembre 2023

ISSN: 2697-1631

Grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial

David Colomer Bea

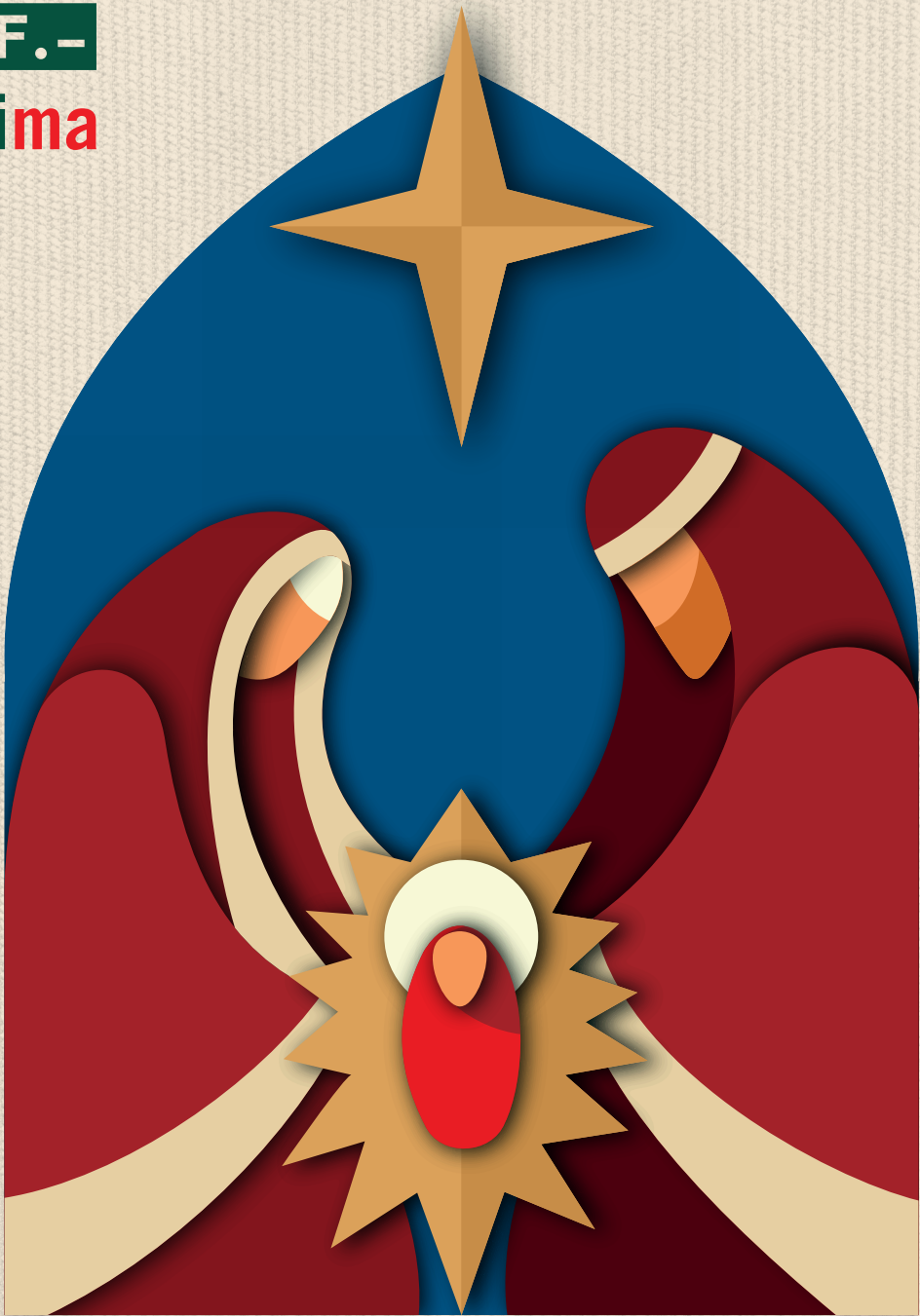
Nulidad de los contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno

Daniel Benítez Rodríguez

Responsabilidad civil. Causa y equidad

Francisco de la Torre Olid

DEF.-
udima



FELIZ
Navidad

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 275 | Diciembre 2023

Directora editorial

M.^a 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 de redacción

Enrique Arnaldo Alcubilla. Catedrático de Derecho Constitucional. URJ y magistrado del Tribunal Constitucional

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Lucía Casado Casado. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili

Ana Cremades Leguina. Socia de Pérez Llorca Abogados

Silvia Díaz Sastre. Profesora titular de Derecho Administrativo, acreditada a catedrática. UAM

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

Marlen Estévez Sanz. Socia en Roca Junyent. Área procesal, litigación y arbitraje

Esther de Félix Parrondo. Socia de Cuatrecasas Abogados

Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría. Socio en Ramón y Cajal Abogados

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

Rafael Fernández Valverde. Magistrado emérito del Tribunal Supremo y consejero de Montero-Aramburu Abogados

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado de la Sala Contencioso-Administrativa. TSJ de Madrid

Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

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

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

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

Esther Muñiz Espada. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

José Ramón Navarro Miranda. Presidente de la Audiencia Nacional

Luis Pérez de Ayala Becerril. Socio de Derecho Público en Cuatrecasas y abogado del Estado excedente

Pedro Portellano Díez. Catedrático de Derecho Mercantil. UAM y Of Counsel en Garrigues

Antonio Ortí Vallejo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada

Ángel José Sánchez Navarro. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

Edita

Centro de Estudios Financieros

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

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2023) (11 números) 185 € en papel / 95 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistaceflegal@udima.es
Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/index>
Depósito legal: M-8500-2001
ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



Imprime

Artes Gráficas Coyve
C/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)

Indexación y calidad



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

CEFLegal. Revista práctica de derecho

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Estudios doctrinales

Civil-mercantil

Límite temporal a los efectos derivados de la declaración de nulidad más allá de la litigiosidad bancaria: nulidad de los contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno 5-34

Time limit to the effects derived from the declaration of nullity beyond the banking litigation: nullity of contracts for the acquisition of timeshare rights

Daniel Benítez Rodríguez

Control causal, soluciones de equidad y exigencia de la responsabilidad civil. Particular tratamiento del *ius retentionis*, los daños punitivos y la cláusula *rebus* 35-68

Causal control, solutions of equity and requirement of civil responsibility. Particular treatment of ius retentionis, punitive damages and the rebus clause

Francisco de la Torre Olid

Constitucional-administrativo

El secreto de las comunicaciones y las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial 69-98

The right to the secrecy of communications and the ambience recordings made by a third party without legal authorization

Accésit del Premio Estudios Financieros 2023

David Colomer Bea

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

Curatela representativa cuando la guarda de hecho no cubra las necesidades provocadas por la discapacidad (Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2023) 99-104

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Casos prácticos

Civil

Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y el autónomo como consumidor 105-110

Adelaida Medrano Aranguren

Reclamación de la filiación no matrimonial e impugnación de la paternidad. Caducidad de la acción de filiación y negativa a la realización de la prueba biológica 111-118

Casto Páramo de Santiago

Administrativo

Acuerdo de la Junta Electoral Central y procedimiento sancionador 119-134

Julio Galán Cáceres

Actos de graduación del curso 2022-2023 y entrega de los Premios Estudios Financieros 2023 135-144

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 <https://www.civil-mercantil.com>



Límite temporal a los efectos derivados de la declaración de nulidad más allá de la litigiosidad bancaria: nulidad de los contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno

Daniel Benítez Rodríguez

Abogado

Profesor asociado de Derecho Civil. Universidad Abat Oliba CEU (España)

dbenitezr@uao.es | <https://orcid.org/0000-0003-3289-3416>

Extracto

Los procedimientos judiciales que tienen por objeto la nulidad contractual en diferentes sectores instados por consumidores son cada día más. Si bien la contratación bancaria se sitúa en cabeza, la contratación de productos vacacionales en forma de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos es relevante.

Contratos celebrados muchos años atrás, en ocasiones hace más de 30 años, ven ahora cuestionada su validez. La normativa sectorial es tajante en relación con las consecuencias de la falta de cumplimiento de ciertos requisitos formales: la nulidad radical.

En el ámbito bancario, son cada vez más los posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales que limitan los efectos de la nulidad en el tiempo, a través de la institución de la prescripción. En estos momentos, y mientras no sea resuelta la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en fecha 22 de julio de 2021 y que ha dado lugar al asunto C-561/21 del Tribunal de Justicia de la Unión, el debate se cierne en torno al *dies a quo*.

El presente artículo tiene por objeto analizar si los razonamientos habidos en el ámbito bancario son extensibles a la nulidad de los contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos o, si por el contrario, una y otra nulidad y sus efectos son diferentes.

Palabras clave: aprovechamiento por turnos; caducidad; ineficacia; nulidad; prescripción; restitución; validez.

Recibido: 27-10-2023 / Aceptado: 8-11-2023 / Publicado (en avance *online*): 17-11-2023

Cómo citar: Benítez Rodríguez, D. (2023). Límite temporal a los efectos derivados de la declaración de nulidad más allá de la litigiosidad bancaria: nulidad de los contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 275, 5-34. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19683>



Time limit to the effects derived from the declaration of nullity beyond the banking litigation: nullity of contracts for the acquisition of timeshare rights

Daniel Benítez Rodríguez

Abstract

The number of legal proceedings for contractual nullity in different sectors brought by consumers is increasing every day. While banking contracts are in the forefront, the contracting of vacation products in the form of the acquisition of timeshare rights is relevant.

Contracts concluded many years ago, sometimes more than thirty years ago, are now being called into question. The sectoral regulations are categorical about the consequences of failure to comply with certain formal requirements: nullity.

In the banking field, there are more and more doctrinal and jurisprudential positions that limit the effects of nullity in time, through the institution of prescription. At the present time, and until the preliminary question raised by the Supreme Court on July 22, 2021, and constitutes the case C-561/21 of the European Union Court of Justice, is solved, the debate is on the dies a quo.

The purpose of this article is to analyze whether the reasoning in the banking field can be extended to the nullity of contracts for the acquisition of timeshare rights or, on the contrary, whether the two types of nullity and their effects are different.

Keywords: timesharing; limitation; prescription; ineffectiveness; nullity; prescription; repayment; validity.

Received: 27-10-2023 / Accepted: 8-11-2023 / Published (online preview): 17-11-2023

Citation: Benítez Rodríguez, D. (2023). Límite temporal a los efectos derivados de la declaración de nulidad más allá de la litigiosidad bancaria: nulidad de los contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 275, 5-34. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19683>



Sumario

1. Introducción
 2. Supuesto de hecho
 3. Excepción de prescripción y su desestimación por la Audiencia Provincial de Barcelona
 4. Límite temporal a las acciones de restitución
 - 4.1. Invalidez e ineficacia
 - 4.2. Invalidez total y parcial: nulidad plena y nulidad parcial del contrato
 - 4.3. Disociación de la acción de nulidad contractual y la acción de restitución de las prestaciones ejecutadas
 - 4.4. Prescripción de la acción de restitución de las prestaciones ejecutadas
 - 4.5. Plazo de prescripción de la acción de restitución y *dies a quo*
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Si bien la contratación bancaria es la clara protagonista en el estudio de la nulidad y sus efectos en el ámbito de la contratación con consumidores, son muchos otros los sectores que acaparan la atención de los tribunales de nuestro país, como consecuencia del elevado volumen de demandas presentadas.

Un sector de referencia, tras el bancario, es sin duda el turístico, en lo que a los contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos respecta. Si bien la estadística judicial no arroja datos al respecto, solo en el partido judicial de Barcelona, y que conozca quien suscribe, se sustancian algunos centenares de demandas. Como en el sector bancario, los actores –demandados– suelen ser siempre los mismos, así como las representaciones letradas de los demandantes. La especialización en esta tipología de asuntos es una característica de la práctica.

Poca duda cabe acerca de la nulidad de muchos de los contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos celebrados entre los años 1990 y 2010, muchos de ellos celebrados incluso con anterioridad a la primera norma reguladora del derecho de aprovechamiento por turnos, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, teniendo por objeto derechos de uso en el marco de lo que se ha venido a denominar regímenes preexistentes. En la mayoría de casos, la nulidad es consecuencia del rigor formalista de la norma, que olvidó que el derecho de aprovechamiento por turnos en el continente tiene su origen en el conocido como *timesharing* anglosajón, constituido por y para ciudadanos británicos bajo la forma de los denominados *holiday clubs*, de cuasi imposible acomodo a la norma y articulados a través de la tan habitual institución del *common law* del *trust*.

No es objeto del presente artículo discutir el acierto o no de la norma ni los presupuestos de nulidad que se establecen. Partimos de la aceptación de los mismos. El objeto del pre-

sente trabajo es el análisis de los efectos de la declaración de nulidad de dichos contratos. Análisis que parte del apartado cuarto del fundamento de derecho segundo de la Sentencia 207/2023, de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona.

De forma sintética, puedo decir que el referido pronunciamiento descarta la aplicación de doctrina contenida en las sentencias de la Sección 15.^a de la misma Audiencia Provincial núms. 64/2019 y 801/2019¹, dictadas en materia de nulidad de las cláusulas de imputación de gastos de formalización de contratos de préstamo con garantía hipotecaria, a la nulidad de los contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos. Sin perjuicio del análisis más pormenorizado que de la cuestión haremos en las siguientes líneas, sustenta su decisión la sentencia en que la doctrina contenida en las citadas sentencias de la Sección 15.^a no

es trasladable, sin más, al caso de autos, por cuanto en aquellas se reclama la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de una cláusula declarada nula inserta en un contrato válido y eficaz, no en un supuesto en que la nulidad radical se predica de todo el contrato.

Por lo expuesto, en las líneas que siguen trataremos de analizar si las consecuencias resolutivas derivadas de la declaración de nulidad de un contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos son diferentes a si la declaración de nulidad se produce respecto de un contrato o una cláusula contractual en el ámbito de la contratación bancaria.

2. Supuesto de hecho

El 10 de septiembre de 2005, los demandantes suscribieron con la mercantil Agency Group 55 Sol, SL un contrato por el que, por el precio de 20.154,66 euros adquirieron por título de compraventa un derecho de aprovechamiento por turnos. Concretamente, el derecho adquirido consistía en «un derecho de uso sobre un turno turístico en sistema flotante de "Club Estela Dorada en temporada Flexible con capacidad para 4 personas, en cualquiera de los complejos descritos en el exponendo II"».

El 26 de septiembre de 2005, para la financiación del precio, los demandantes suscribieron con Banco Popular, SA un contrato de préstamo.

La demanda interesa la nulidad del contrato de compraventa del derecho de aprovechamiento por turnos, así como del contrato de préstamo y la condena de las demanda-

¹ Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 21 de enero de 2019 (ROJ: SAP B 219/2019) y de 6 de mayo de 2019 (ROJ: SAP B 4708/2019).

das a restituir la cantidad de 20.154,66 euros. Con carácter subsidiario, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las sentencias núms. 38/2017, 302/2018 y 694/2018², tras aplicar las correspondientes amortizaciones, interesan la condena a la restitución de 14.511,36 euros.

La demanda es estimada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona, el cual desestima la excepción de prescripción alegada por Banco Santander, SA (como sucesor de Banco Popular, SA). Razona la sentencia de instancia:

La condena a reintegrar los importes abonados por la parte actora en concepto de gastos en virtud de una cláusula nula es un efecto *ex lege* (art. 1.303 CC) que debe asumir la parte que ha impuesto la misma al consumidor, por tanto, en cuanto tal no está sujeta a prescripción ni caducidad. La sentencia núm. 64/2019, de 21 de enero de 2019, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, citada de adverso, se refiere a un supuesto distinto, al de nulidad de una cláusula concreta y no a la nulidad radical de todo el contrato.

Recurrida la sentencia, esta es parcialmente revocada, solo por lo que al importe de la restitución respecta, confirmando la desestimando de la excepción de prescripción reiterada por Banco Santander, SA.

3. Excepción de prescripción y su desestimación por la Audiencia Provincial de Barcelona

La representación de Banco Santander, SA alegaba, en síntesis, que los actores estaban ejercitando dos acciones de distinta naturaleza. A saber, una acción de declaración de nulidad radical, la cual es imprescriptible, y una acción de restitución, la cual sí estaría sujeta a un plazo prescriptivo, trayendo a colación, al objeto de sostener el argumento, las sentencias núms. 64/2019 y 801/2019 de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona.

La Sección 13.^a de la audiencia, confirmando el criterio de la instancia, entiende que la doctrina contenida en dichas sentencias (las dictadas por la Sección 15.^a).

no es trasladable, sin más, al caso de autos, por cuanto en aquellas se reclama la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de una cláusula declarada nula inserta en un contrato válido y eficaz, no en un supuesto en que la nulidad radical se predica de todo el contrato.

² Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2017 (rec. núm. 3238/2014), 24 de mayo de 2018 (rec. núm. 3323/2016) y 11 de diciembre de 2018 (rec. núm. 2125/2016).

Afirma el tribunal que, al encontrarnos ante un contrato radicalmente nulo, «en realidad inexistente»³, al faltar uno de los elementos esenciales del contrato, cual sería el objeto, las consecuencias de la nulidad vienen directamente determinadas por la ley en los artículos 1303 y siguientes del Código Civil y, según señala la audiencia, operan *ope legis*, de tal manera que, incluso, no sería necesaria la petición de parte para que el tribunal declarara la restitución de oficio sin incurrir por ello en incongruencia *extra petita*. *A fortiori*, la sentencia de audiencia provincial cita la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1/2021, de 13 de enero (NormaCEF NCJ065345), en la que el Alto Tribunal, concluye:

Sobre el alcance no limitado de los efectos de la nulidad, reafirmamos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo (NormaCEF NCJ057740), que:

«Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste–, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil».

[...]

El ámbito de aplicación del art. 1303 CC ha sido precisado, en términos extensivos, por la jurisprudencia de esta sala, al aclarar que es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, y no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa (sentencias de 18 de enero de 1904, 29 de octubre de 1956, 7 de enero de 1964, 22 de septiembre de 1989, 24 de febrero de 1992). En este sentido la sentencia 756/1996, de 28 de septiembre, declaró:

«Al establecer el art. 1300 las consecuencias de la nulidad declarada de la obligación no establece distinción entre nulidad absoluta o relativa y como dice la sentencia de 22 de septiembre de 1989, "sin que tampoco haya duda alguna en cuanto que el negocio jurídico inexistente o nulo con nulidad absoluta, si bien no produce efecto alguno como tal, no obstante, cuando a pesar de su ineficacia absoluta, hubiera sido ejecutado en todo o en parte, procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1.303 y 1.307, preceptos que deben ser extensivos también a los negocios jurídicos inexistentes o radicalmente nulos –sentencia de 29 de octubre de 1956–"».

³ Inexistencia e invalidez no son, como apuntan Díez-Picazo y Gullón (2017), para toda la doctrina la misma categoría. Es decir, no serían términos sinónimos. Como apuntan estos autores, el contrato inexistente sería aquel en que se omite cualquiera de los elementos esenciales (artículo 1261 del Código Civil) o lo inherentes a su naturaleza, como sería el precio en la compraventa. Señalan que: «El concepto inexistencia es una construcción artificiosa de la doctrina francesa, que, con fundamento en la jurisprudencia que había establecido el carácter taxativo de las causas de nulidad –*pas de nullité sans text*–, se vio forzada a construir un concepto distinto que albergara aquellos defectos negociales necesariamente relevantes que, sin embargo, no habían sido tenidos en cuenta expresamente por la Ley» (p. 90).

4. Límite temporal a las acciones de restitución

Expuesto lo anterior en relación con los antecedentes que motivan el presente estudio, es momento de justificar la premisa de la que partimos: la acción de restitución derivada de la declaración de nulidad está sujeta a plazo de prescripción pese a que la nulidad recaiga sobre el contrato en su conjunto y no sobre una determinada cláusula de este.

Para ello, resulta esencial analizar en primer lugar las diferencias entre la invalidez y la ineficacia del negocio jurídico para, en segundo lugar, analizar si las consecuencias de una y otra son las mismas, para, en último término, concluir si la exigibilidad de dichas consecuencias está sujeta o no al transcurso de un determinado lapso temporal.

Debo empezar diciendo, siguiendo en ello al profesor Ángel Manuel López López (2022, p. 584), que nos encontramos en un momento, a mi parecer, de necesaria evolución de las instituciones de la nulidad y anulabilidad. En un momento en que debemos transitar hacia la unificación de ambas instituciones. No solo en sus causas, sino también en sus consecuencias. Está afirmación que realizo, que sé que requeriría de una amplia reflexión al efecto, que escapa del objeto de este artículo, tiene su razón de ser en una observación de la evolución de ambas instituciones en los últimos años. Por diferentes razones, los históricos paradigmas de la absoluta invalidez e ineficacia perpetua de la nulidad han ido transitando hacia las excepciones que aproximan la nulidad a la anulabilidad. Ya por razonamientos jurisprudenciales, ya por razonamientos dogmáticos o ya por razones legislativas. Sin ir más lejos, podemos identificar la transición de la nulidad radical de los contratos celebrados por personas con la capacidad judicial modificada –entonces incapaces– hacia la anulabilidad de estos.

4.1. Invalidez e ineficacia

Apunta la sentencia que motiva la presente reflexión que, en nuestro sistema, la ineficacia de los contratos, o de alguna de sus cláusulas, exige «destruir» sus consecuencias, apelando a la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Se confunde la invalidez y la ineficacia del negocio jurídico –quizás siguiendo cierta corriente doctrinal–, tratándolas como si de la misma categoría jurídica se tratara. Así, se afirma, en relación con la jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas, que

no es trasladable, sin más, al caso de autos, por cuanto en aquellas se reclama la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de una cláusula declarada nula inserta en un contrato válido y eficaz, no en un supuesto en que la nulidad radical se predica de todo el contrato.

Como vemos, nuevamente se entremezcla validez y eficacia por cuanto el contrato en el cual alguna de las estipulaciones es declarada inválida es parcialmente eficaz. Es decir, solo es ineficaz en relación con aquellas estipulaciones inválidas.

Tanto ineficacia como invalidez responden a anomalías patológicas o defectos que afectan a la dinámica contractual natural del contrato, impactando en su existencia (validez) o desarrollo (eficacia) (Carpi Martín, 2021, p. 449).

Debemos partir de que entre la doctrina civilista española no existe un consenso acerca de la oportunidad de establecer una categorización entre los conceptos de validez y eficacia del negocio jurídico (Albadalejo García, 1958, pp. 398 y ss.). Podemos identificar un primer sector doctrinal que considera que la eficacia es una categoría mayor que engloba supuestos como la invalidez. Partiendo de la ineficacia como categoría general, se incluyen los supuestos de invalidez en el sentido de aquellos contratos en los que se han producido irregularidades o anomalías en su estructura (Ramón Fernández, 2012, p. 65). Entienden, en todo caso, que se trata de una clarificación conceptual o dogmática que carece de efectos prácticos.

Un segundo sector doctrinal entiende que la diferenciación entre las categorías de validez y eficacia es estéril y pone en entredicho su aplicabilidad, considerando que la distinción entre los citados conceptos tiene una escasa virtualidad y, en consecuencia, una relativa trascendencia práctica (Díez-Picazo y Ponce de León, 1961, p. 824).

Un planteamiento doctrinal intermedio es el que no establece una contraposición entre conceptos, sino que entiende que la proyección de las categorías de validez y eficacia se materializan sobre planos diferentes y compatibles (Moreno-Luque Casariego, pp. 2621 y ss.). Así, se sostiene la tesis de que pueden existir negocios jurídicos válidos y a su vez ineficaces –pero no al revés para algunos autores– (Delgado Echevarría, 1981, p. 32), y negocios inválidos y a su vez eficaces (o parcialmente eficaces)⁴. En este último sentido, la invalidez parte de la deficiencia de los elementos constructivos del contrato. Por su parte, la ineficacia puede obedecer a múltiples causas, distintas de la quiebra de tales elementos constitutivos. La distinción entre invalidez e ineficacia se funda en la diferencia entre «no valor como negocio» y «no producir efectos»; se trata de dos enfoques distintos que muchas veces coinciden (López Beltrán de Heredia, 2009, p. 26). En otras palabras, y como afirma Carpi Martín (2021, p. 450):

Mientras que la invalidez supone negar la fuerza del contrato como vínculo jurídico, ya sea de manera actual (nulidad de pleno derecho) o de manera potencia (anulabilidad), la ineficacia en sentido estricto se da cuando un contrato, vigente como vínculo jurídico que ata a las partes que lo han celebrado, se ve recortado o limitado en sus efectos, pero no pierde su fuerza vinculante.

⁴ En este sentido, sostiene Lacruz Berdejo (2007) que «todo contrato inválido es ineficaz, o presenta anomalías en su eficacia, pero la proposición inversa no es cierta. No hay contratos inválidos plenamente eficaces, pero sí hay contratos ineficaces plenamente válidos. Invalidez e ineficacia operan en planos distintos, y aunque pueden coincidir en un mismo contrato, no siempre es así» (p. 531).

Como señalan algunos autores (Campo Álvarez, 2021, p. 19), es innegable la interrelación entre los conceptos, pero ello no puede llevarnos a afirmar que conforman un concepto unitario. Puede afirmarse que son figuras autónomas e independientes, que si bien presentan paralelismos o cierta correlación, intervienen en planos distintos.

La invalidez de un negocio no es sino la existencia de una patología inicial, consecuencia de la ausencia de alguno de sus elementos esenciales (conforme al artículo 1261 del Código Civil), del incumplimiento de alguna formalidad exigida por el ordenamiento o de la contravención de alguna norma imperativa, cuya principal consecuencia es que el negocio no debería desplegar efectos jurídicos. Es decir, debería ser ineficaz.

La invalidez del negocio presenta dos vertientes conceptuales: como criterio valorativo y como sanción. Por lo que al criterio valorativo respecta, hace referencia al no reconocimiento de las consecuencias fácticas que pueda haber producido un contrato nulo y, por ende, que debiera resultar ineficaz. Como sanción, la invalidez del negocio no deja de ser la reacción del ordenamiento jurídico ante el incumplimiento de una previsión legal⁵. El paradigma, en nuestro ordenamiento, lo representa el artículo 6.3 del Código Civil al disponer: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Con ello, el ordenamiento jurídico reacciona ante aquellos negocios jurídicos que, válidos desde el prisma de su estructura interna, merecen ser sancionados.

Llegados a este punto, y volviendo al principio, la cuestión radica en si todos los negocios inválidos son al propio tiempo ineficaces jurídicamente. Es decir, si pese a producir efectos en el plano fáctico, estos no pueden ser reconocidos en el plano jurídico. La respuesta es que no, o al menos que determinados efectos del negocio inválido habidos en el plano fáctico, por razones de interés superior, sí son reconocidos y aceptados en el plano jurídico. Un ejemplo de ello es el artículo 79 del Código Civil relativo al matrimonio putativo, el cual dispone: «La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe». La tacha de nulidad, ya absoluta, ya relativa, se alza para la doctrina como binomio de la ineficacia jurídica del negocio, con la única salvedad del matrimonio putativo (Campo Álvarez, 2021, p. 30). Es aquí donde discrepo. No es cierto que únicamente sea en el caso del matrimonio putativo cuando quiebra el binomio de la invalidez y la ineficacia. Entiendo que la anterior premisa, que solo el matrimonio putativo constituye excepción, solo sería válida si nuestro ordenamiento no fuera permeable a la anulabilidad y solo conociera la nulidad radical.

⁵ Díez-Picazo y Gullón (2017), partiendo de la intrascendencia de la distinción entre ineficacia e invalidez, sitúan la función sancionadora tanto en el plano de la eficacia como en el de la invalidez. Así, sostiene que la ineficacia es la reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción en la que incurre el contrato. Asimismo, entienden que la nulidad absoluta o radical es la máxima sanción que el ordenamiento jurídico preceptúa, pues niega al negocio jurídico la posibilidad de producir consecuencias.

Desde el momento en que ciertos negocios son anulables (invalidables), produciendo efectos claudicantes en el interín de su declaración de nulidad –si es que en algún momento es instada–, los cuales cristalizan o se consolidan al cabo del término para instar la anulación del negocio, se está aceptando la producción de efectos, si bien estos pueden encontrarse pendientes de su consolidación por el transcurso del tiempo⁶. No estamos, en este punto, fuera de controversia. La propia acción de anulabilidad, o mejor dicho, si su resultado –la declaración judicial– es constitutiva o declarativa, es fuente de discusión. En mi opinión estamos ante una acción constitutiva. El negocio es válido, aunque lo sea de forma provisional, y eficaz hasta la declaración de nulidad, con carácter constitutivo, retrotrayéndose la ineficacia a un momento inicial en caso de resultar declarado inválido.

Cuestión distinta se presenta en los casos de nulidad radical. Decía anteriormente que la invalidez, como criterio valorativo, implica negar el reconocimiento de los efectos que el negocio ha producido en el plano fáctico, es decir, hace al negocio ineficaz. Ahora bien, que se nieguen inicialmente los efectos del negocio inválido no implica que estos no se hayan producido en el plano factico cuya desaparición excede de las capacidades del derecho. En este punto es en el que debe planteamos si es aceptable, desde el prisma del principio básico de la seguridad en el tráfico jurídico, si los efectos producidos en el plano factico por el negocio inválido –en su vertiente de nulidad radical– pueden mantenerse *in aeternum* negados por el derecho. Entiendo que no. Las disposiciones patrimoniales habidas en el marco de negocio inválido no pueden resultar inexistentes –ineficaces– de forma permanente para el derecho por cuanto eso implicaría una desconexión inaceptable entre lo factico y lo jurídico que, mantenido en el tiempo, conllevaría la quiebra total de la más mínima seguridad en el tráfico jurídico.

Por ello, entiendo que la invalidez del negocio, ya sea en forma de nulidad radical o anulabilidad, como categoría, no determina indefectiblemente la ineficacia definitiva del negocio, como categoría que opera en otro plano distinto. La invalidez debe, en favor de la seguridad jurídica, dar paso a la eficacia cuando el transcurso del tiempo hace inasumible que los efectos producidos en el plano fáctico por el contrato sean ignorados en el plano jurídico. Si bien la doctrina ha denominado a estos efectos como aparentes, lo cierto es que dicha apariencia se torna en realidad en el momento en que, no atacada la validez de negocio, dichos efectos con el paso del tiempo consolidan efectos jurídicos. Quizás, el ejemplo más claro de lo que manifestamos se encuentra en sede de prescripción adquisitiva. Aquel título que, pese a su posterior declaración de nulidad no ha sido óbice para consolidar la propiedad a través del reconocimiento de los efectos que el mismo ha producido durante un tiempo determinado: la pacífica y pública posesión.

⁶ Nótese que el artículo 1300 del Código Civil dispone que pueden «pueden ser anulados» los contratos en que, concurriendo los elementos del artículo 1261, adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan. Es decir, si pueden ser anulados es porque previamente han sido válidos. Si el contrato ha sido válido y no concurre causa otra de ineficacia, este ha producido efectos –lícitos– hasta, en su caso, la declaración de nulidad.

4.2. Invalidez total y parcial: nulidad plena y nulidad parcial del contrato

Siguiendo el razonamiento de la sentencia que motiva el presente razonamiento, debemos analizar si son distintas, en relación con los efectos del negocio jurídico, aquellas situaciones en las que nos hallamos ante la nulidad total del contrato y aquellas en que nos hallamos ante la nulidad parcial de este⁷. Nótese que nos referimos a nulidad total y nulidad parcial y no a nulidad radical y anulabilidad o nulidad relativa⁸. Resulta esencial, en el análisis de la cuestión, no confundir la nulidad radical y la nulidad plena del vínculo contractual. Es decir, mientras que una afecta a la naturaleza de la nulidad, la otra afecta a la extensión de la misma en el vínculo contractual. Un contrato puede ser total o parcialmente (alguna de sus estipulaciones) nulo o anulable.

Desde un punto de vista normativo debemos señalar que la nulidad parcial, es decir, aquellos casos en que solo alguna o algunas de las estipulaciones del contrato son inválidas, no encuentra una respuesta expresa en nuestro Código Civil. La validez del negocio se determina en el capítulo II del título II del libro IV del Código Civil, siendo que las consecuencias de la falta de concurrencia de los presupuestos de validez dispuestos por el artículo 1.261 se encuentran previstas en el capítulo VI del mismo título II, es decir, en sede de teoría general de los contratos. El tratamiento que de la invalidez y sus consecuencias da el Código Civil se proyecta sobre el vínculo contractual en su conjunto y no sobre alguna de sus concretas estipulaciones. Ello sin perjuicio de que, de forma diseminada, podamos encontrar algunos preceptos del código que hacen referencia a la nulidad parcial del contrato, como son los artículos 1260, el derogado 1238 o el artículo 1476.

La nulidad parcial del contrato, es decir, de alguna de sus cláusulas o estipulaciones, sí encuentra expresa regulación en el ámbito del derecho de consumo o en la reglamentación de las condiciones generales de la contratación⁹. La abusividad de una determinada cláusula

⁷ Un estudio riguroso sobre la nulidad parcial en los contratos en el derecho nacional en Campo Álvarez (2021).

⁸ Categoría, la de la nulidad relativa, que como exponen Díez-Picazo y Gullón (2017, p. 91), es una creación doctrinal acogida por la jurisprudencia, sobre la base de la defectuosa regulación del Código Civil.

⁹ En este sentido, La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, dispone, a título de ejemplo, en su artículo 1 relativo al ámbito objetivo de la norma, que «son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes», determinando el artículo 8 la nulidad de «las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley». En tales casos, es decir, de declaración de nulidad de la cláusula, las consecuencias serán, conforme a lo dispuesto en los artículos 9 y 10, las propias de las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual, declarándose la nulidad íntegra del contrato solo cuando la declaración de nulidad de la cláusula afecte a uno de los elementos esenciales del contrato en los términos del artículo 1251 del Código, procediendo que, cuando sea posible la integración del contrato, se procederá conforme al 1258 y 1281 a 1289 del Código. En similar sentido, el artículo 83 del

sula o estipulación conlleva su declaración de nulidad y remoción del contrato, subsistiendo este cuando sea posible, sin que quepa, en el ámbito del consumo, la integración del contrato¹⁰. Es decir, ante la nulidad radical de una cláusula, se produce la invalidez parcial del contrato, subsistiendo este.

Si acudimos a una rápida revisión de la jurisprudencia, podríamos llegar a concluir, a la luz del estado de la cuestión, que la nulidad es más propia de ciertas estipulaciones contractuales que no del contrato en su conjunto. En todo caso, de lo que no debería haber duda es de que el tratamiento de la nulidad, y sus consecuencias, es la misma en aquellos casos en que la nulidad afecta al conjunto de la relación contractual que cuando esta afecta a una concreta estipulación. Dicho tratamiento se encuentra previsto, sin perjuicio de las especialidades que las normas sectoriales pudieran determinar, en los artículos 1300 a 1314 del Código Civil¹¹.

Si las consecuencias son distintas en el caso de la nulidad total del contrato y en el caso de la nulidad parcial, ha sido una cuestión de la que se ha ocupado la jurisprudencia menor con motivo de la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, sobre la nulidad de los contratos de préstamos usurarios (Ley Azcárate). Ejemplo de ello es la Sentencia de 21 de diciembre de 2022 de la Audiencia Provincial de Palencia¹². A mi parecer, de forma incorrecta, la audiencia provincial concluye, tras analizar las posiciones a favor y en contra de la prescriptibilidad de la pretensión de restitución de las cantidades pagadas en concepto de interés con motivo de un contrato de préstamo declarado nulo por usurario, que ante la nulidad de pleno derecho del contrato por usura no cabe hablar de prescripción, al ser la consecuencia inherente de la Ley Azcárate. Entiende la audiencia provincial que la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo en relación con la declaración de nulidad por abusividad de ciertas cláusulas de un contrato no es predicable de un supuesto de nulidad radical del contrato por usura. Es decir, entiende que, en el caso de la Ley Azcárate, se está ante una situación distinta. No alcanzo a entender cuál es la situación distinta pues, como he expuesto, no existen tipos

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, dispone que «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13 y C-487/13, «Unicaja Banco y CaixaBank» (NormaCEF NCJ059035).

¹¹ Sobre la nulidad del contrato –que no una o varias de sus estipulaciones– y sus efectos, sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1992 (STS 171/1992), 28 de septiembre de 1996 (rec. núm. 3954/1992), 22 de noviembre de 2005 (NormaCEF NCJ044897), 9 de mayo de 2013 (NormaCEF NCJ057740) o la STS del Pleno núm. 1/2021, de 13 de enero (NormaCEF NCJ065345).

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2022 (rec. núm. 442/2022).

de nulidad radical, ya sea de una estipulación o de un contrato pues, en ambos casos, nulidad por abusividad y nulidad por usura, estamos ante supuestos de nulidad de pleno derecho. Quizás el argumento de fuerza de la sentencia puede identificarse en el tenor literal del artículo 3 de la Ley Azcárate, el cual dispone:

Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.

Como es de ver, el citado artículo mandata que el prestamista deberá devolver al prestatario el exceso entre las cantidades abonadas por el prestatario y el capital prestado. Nada aporta el citado precepto respecto de las consecuencias restitutivas de la declaración de nulidad previstas en el artículo 1303 del Código Civil, pues las cantidades abonadas en méritos del contrato de préstamo declarado nulo no son sino las prestaciones a las que hace referencia el artículo 1303 del Código Civil. Por ello, si el tenor literal del artículo 1303 del Código Civil no es óbice para la limitación de los efectos restitutivos de la declaración de nulidad en el ámbito de las cláusulas abusivas –nulas de pleno derecho por abusivas–, no entiendo por qué su particularización al caso a través del artículo 3 de la Ley Azcárate debe serlo. Desde luego, la razón no radica en el artículo 6.3 del Código Civil, pues tan norma previsora de las consecuencias es el artículo 1303 del Código Civil como el artículo 3 de la Ley Azcárate.

4.3. Disociación de la acción de nulidad contractual y la acción de restitución de las prestaciones ejecutadas

Intensa es la discusión en torno a la posibilidad de disociar la acción de declaración de nulidad del contrato de la acción de restitución de las prestaciones ejecutadas en el desarrollo de dicho contrato¹³. En otras palabras, si la retroacción de los efectos producidos de un contrato inválido es una consecuencia inherente y *ope legis* o, por el contrario, la retroacción de estos tiene una virtualidad separada, paralela hasta un cierto punto, respecto de la invalidez. En síntesis, si invalidez e ineficacia son o no escindibles.

Retrocediendo en lo dicho en líneas anteriores, sí son escindibles. De hecho, y siguiendo en este punto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, núm. 92/2019, de 23 de enero¹⁴:

¹³ Interesante reflexión al respecto realizan las sentencias núm. 29/2020, de 29 de enero (ROJ: SAP SA 88/2020) y núm. 111/2020, de 27 de febrero (ROJ: SAP SA 162/2020) del pleno de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Salamanca.

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 23 de enero de 2019 (ROJ: SAP B 270/2019).

Toda la doctrina consultada, la clásica (Federico de Castro o Díez Picazo) y la más moderna, tanto los autores que analizan la cuestión desde la teoría general del negocio jurídico como los que lo hace en relación con la nulidad de las condiciones generales, distinguen, a los efectos de prescripción, entre la acción de nulidad propiamente dicha (acción imprescriptible) y la de restitución de los efectos que se hayan podido producir del acto nulo (sujeta a prescripción).

Como decíamos, la discusión doctrinal existe y frente a este posicionamiento, que entiendo resulta mayoritario, surgen otros como el sostenido por Ribón Seisdedos (2017, p. 197), que asevera que siendo que la restitución es una consecuencia inherente a la nulidad, en consecuencia, no debe temerse por prescripción de acción alguna. Es decir, la restitución es consecuencia de una única acción, la de nulidad. Considera que ello solo sería así en el caso de la nulidad relativa y la acción de anulabilidad.

Cierto resulta que, sea cual sea la razón de invalidez, la consecuencia de esta debe ser la restitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil de las prestaciones ejecutadas. Lo que aquí tenemos que resolver es si la restitución conforma una pretensión independiente a la invalidez, por mucho que una sea consecuencia de la otra. La respuesta no puede ser otra, a mi entender, que sí. Y de hecho, así está generalmente aceptado, no solo por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵, sino también por la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁶, pues, desde el momento en que se plantea el plazo de prescripción y su cómputo, se está aceptando la separación de ambas pretensiones. Desde luego, no me parece argumento aceptable el contenido en la sentencia que motiva la presente reflexión de que dicha separación solo es asumible en sede de cláusulas contractuales nulas y no de contratos nulos en su conjunto. Las razones ya las he expuesto anteriormente y a ellas me remito para no ser reiterativo.

A más decir, debo señalar que, como prevé el artículo 1305 del Código Civil, puede darse la nulidad sin efectos restitutivos cuando estamos ante causa u objeto ilícito si el hecho constituye delito para ambos contratantes, o en el caso de los artículos 1306 y 1307 del Código Civil, donde la restitución no es inherente a la nulidad, o el caso de la declaración de nulidad como consecuencia de las acciones colectivas de cesación instadas al amparo del artículo 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, como recuerda el Tribunal Supremo¹⁷. Cabe también la declaración de nulidad sin efecto restitutivo en aquellos casos en los que, como apuntan Díez-Picazo y Ponce de

¹⁵ Sentencias de 27 de febrero de 1964 (STS 181/1964) y 30 de diciembre de 2010 (rec. núm. 929/2007), así como el Auto de 22 de julio de 2021 en el recurso de casación 1799/2020.

¹⁶ Sentencia de 10 de junio de 2021, *BNP Paribas Persinal Finance*, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19 (NormaCEF NCJ065534), que compila la jurisprudencia del tribunal hasta la fecha.

¹⁷ Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (NormaCEF NCJ060752 y sentencias de 15 de marzo de 2018 NormaCEF NFJ069784 y NormaCEF NFJ069783).

León y Gullón (2017, p. 95) se produce la usucapión de un bien del que se ha adquirido la posesión al amparo de un título nulo.

En nada empaña la anterior conclusión que la restitución opere *ope legis* –hasta el punto de que deba ser concedida sin haberse solicitado, sin que por ello se vulnere el principio de congruencia¹⁸, por cuanto que la restitución de los efectos sea inherente a la nulidad, como reflejo de la validez en el campo de la eficacia, no implica que dicha restitución deba acordarse sin limitación temporal alguna cuando la prescripción es alegada. Es decir, considero que la restitución opera *ope legis* y que el tribunal debe acordarla incluso aunque no sea pedida, siempre y cuando la restitución no sea excepcionada mediante el recurso a la institución de la prescripción. Así, y a modo de ejemplo, el artículo 20.4.º de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro dispone la imposición de oficio por el órgano judicial de una indemnización por mora en el cumplimiento de la prestación. Ahora bien, dicha imposición *ope legis* no soslaya que por la compañía aseguradora se pueda excepcionar la prescripción de la pretensión de cobro de parte de los intereses que como indemnización impone el citado artículo 20.4.º. Excepción de prescripción que, no pudiendo ser apreciada de oficio, deberá en todo caso ser alegada por la parte, como es sabido.

Por las mismas razones, no contraviene la conclusión expuesta el hecho de que el artículo 1.7 de la derogada Ley 42/1998, de 15 de diciembre, o el artículo 23.7 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, dispongan que la consecuencia de la declaración de nulidad del contrato será la devolución –restitución– de lo dado.

Me planteo incluso si el propio redactado del artículo 1303 del Código Civil no es una evidencia de la distinción entre la acción de nulidad y la de restitución. Dispone el artículo 1303 del Código Civil que, «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato». Es decir, instada la acción de declaración de nulidad, procederá entonces la restitución. Esta consecuencia, la procedencia de la restitución solo tras la declaración de la nulidad, únicamente tiene sentido en aquellos casos en que estamos ante la nulidad relativa del contrato o de alguna de las estipulaciones pues, cuando nos hallamos ante un supuesto de nulidad radical, la acción de declaración de nulidad es innecesaria, siendo que en caso de ejercicio el pronunciamien-

¹⁸ La Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (NormaCEF NCJ044897), replicando lo dicho por la Sentencia de 24 de febrero de 1992 (STS 43/1992), expone que: «Corrobora este criterio la jurisprudencia de esta Sala, referida a la nulidad absoluta o inexistencia, que ha declarado que las restituciones a que se refiere el art. 1303 solo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o inexistente, cuando ha sido declarada la nulidad, obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la ley que la establece en ese contrato (sentencia de 10 de junio de 1952 [RJ 1952\1255]), por lo cual no necesita petición expresa de la parte, pudiendo ser declarada por el juez en cumplimiento del principio *iura novit curia*, sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito».

to judicial es mero declarativo (Marín López, 2017) y no constitutiva¹⁹, como sí ocurre en la nulidad relativa. De hecho, cabe plantearse la acción separada de restitución de las prestaciones dadas en el marco de un contrato nulo cuando la nulidad ya ha sido declarada o cuando esta es aceptada por la contraparte sin restituir lo que, en su caso, se hubiere recibido.

4.4. Prescripción de la acción de restitución de las prestaciones ejecutadas

No es fácil conceptualizar la prescripción. Definir qué es la prescripción ha sido algo que ha evitado la gran mayoría de los autores. Se ha apuntado su funcionamiento, objeto y fundamento, pero no se ha dado una definición. En este sentido, Lacruz Berdejo (2005) señala que

podríamos decir de ella que, desde un punto de vista estático o estructural, constituye un límite (temporal) del ejercicio de los derechos; y desde una perspectiva dinámica y funcional, se manifiesta y actúa como una facultad del interesado para repeler el ejercicio intempestivo de tales derechos (p. 326).

Es precisamente esta perspectiva funcional la que, a mi entender, justifica la aplicación de la institución de la prescripción que aquí defiendo. Institución cuyo fondo responde a principios básicos y necesarios del derecho, siendo el primero de ellos el de la seguridad jurídica. Como afirma Lacruz²⁰, el debate sobre la protección individual de las consecuencias de la norma ha de estar circunscrito a un límite temporal a partir del cual el Estado no debe imponerlas coactivamente.

No voy a entrar, pues entiendo que la cuestión está ampliamente superada (Marín López, 2017, p. 88), en la imprescriptibilidad de la acción de declaración de nulidad. Acción que, como dispone el artículo 121-2 del Código Civil de Cataluña –citado por ilustrativo–, resulta imprescriptible por ser mero declarativa²¹. Tampoco cabe duda de que la consecuencia directa de la nulidad radical es la plena retroacción de la nulidad al momento de perfección del contrato. Ahora bien, la retroactividad plena de los efectos de una cláusula –o contrato– nula no constituye un obstáculo para la prescripción de la acción restitutoria, siempre que se oponga dicha prescripción en tiempo y forma. La retroactividad de la nulidad lleva, por un lado, a la inexigibilidad *ex tunc* de las prestaciones que constituyen el contrato –o la

¹⁹ Como señalan Díez-Picazo y Gullón (2017), «la sentencia no innova ni constituye una nueva situación jurídica, sino que pone de manifiesto la ineficacia que afectaba al contrato desde su celebración» (p. 92).

²⁰ Lacruz Berdejo (2005, p. 331) pone como ejemplo extremo el caso de los herederos de los afectados por el incendio de Roma, que pidan ahora resarcimiento a los herederos de Nerón o al Estado italiano.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2005 (NormaCEF NCJ042720).

cláusula– nulo y, por otro, a la restitución de estas siempre y cuando ello no atente contra el principio general de la seguridad jurídica²².

Frente a la imprescriptibilidad de la nulidad radical se presenta la prescriptibilidad de la acción de restitución de las prestaciones ejecutadas por mor de una cláusula o contrato declarado nulo. Hemos de partir, necesariamente, de la regla general contenida en el artículo 1930.2.º del Código Civil, por la que los derechos y acciones «de cualquier clase que sean» se extinguen por la prescripción. Regla general que halla su límite en aquellos casos en que el propio código o una ley especial declaran la imprescriptibilidad de estas, como es el caso de las acciones de filiación (arts. 132 y 133 del Código Civil) o la acción de nulidad absoluta de marca registrada (art. 51.2.º de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas), acción por otra parte imprescriptible por su naturaleza declarativa.

Esta regla general es consecuencia de la necesidad de dar seguridad jurídica y certidumbre en el tráfico jurídico a las relaciones jurídicas cuando se puede presumir que el titular de la pretensión la ha abandonado o ha incurrido en dejación. Necesidad que constituye el fundamento objetivo y subjetivo²³ de la prescripción conforme tiene declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo²⁴.

No entiendo aceptable, por considerar que supone un quebranto de la más mínima seguridad jurídica, que la acción de restitución de la prestación efectuada décadas, o por qué no, como indica la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona²⁵, siglos atrás, pueda ejercitarse ahora. Considero que contraviene frontalmente la más mínima certidumbre en el tráfico jurídico que, décadas después de celebrarse contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos, por mucho que los mismos sean nulos conforme a ley²⁶ –en ocasiones por cuestiones estrictamente formales–²⁷, prosperen accio-

²² En este sentido, la limitación de los efectos de la nulidad en pos de la seguridad jurídica, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 21 de junio de 2016 (asuntos acumulados C154/15, C307/15 y C308/15, NormaCEF NCJ061848) y 6 de octubre de 2009 (asunto C-40/08, NormaCEF NCJ050472), declarando que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo no contraviene el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

²³ Sobre el fundamento subjetivo y objetivo de la prescripción extintiva, Lacruz Berdejo (2005, pp. 329-332).

²⁴ Sobre el fundamento de la prescripción, en contraposición con el fundamento de la caducidad, Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2021 (rec. núm. 4752/2018).

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de enero de 2019 (ROJ: SAP B 270/2019).

²⁶ Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, ley derogada por la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

²⁷ Por ejemplo, no incluirse el formulario de desistimiento previsto en el Anexo V de la Ley 4/2012 conforme exige el artículo 11.4.

nes de restitución del precio pagado, por mucho que dicha restitución se vea menguada conforme a los criterios de amortización sentados por el Tribunal Supremo²⁸. Pensemos en aquellos casos en que la adquisición se produjo en el año 1999, habiéndose abonado el precio entonces, y ahora, en 2023, se insta la declaración de nulidad del contrato y reintegración del precio. Esta posibilidad impide que cualquier empresa dedicada al sector del aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, haya sido parte o no de los contratos cuya nulidad se insta –por efecto de lo dispuesto en el artículo 23.5 de la Ley 4/2012, que extiende las responsabilidades al «propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno»–, cuente con la más mínima certidumbre exigible en el tráfico jurídico, viéndose amenazada de forma indefinida por el ejercicio de acciones de restitución absolutamente intempestivas.

No puedo obviar que frente a la seguridad jurídica que defiende se encuentra la esencial protección de los derechos de los consumidores y usuarios, pero esta cuestión ya ha sido abordada y debidamente resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito de la restitución de las prestaciones efectuada con motivo de una cláusula contractual nula por abusiva. A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha concluido que una normativa nacional que sujeta a un plazo de prescripción la acción que tenga por efecto la restitución de las prestaciones realizadas con motivo de una cláusula declarada nula por abusiva no es contraria al derecho de la Unión, siempre que se respeten los principios de efectividad y equivalencia, incluso aunque con ello se estuviera subsanando una infracción de las normas especialmente tuitivas de los consumidores y usuarios²⁹. Concluye el tribunal que la protección del consumidor no debe entenderse como absoluta y que la fijación de plazos razonables para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el derecho de la Unión³⁰. Y es que, como expone Marín López,

²⁸ Sentencia de 30 de enero de 2018 (rec. núm. 1977/2016).

²⁹ A este respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C154/15, C307/15 y C308/15, NormaCEF NCJ061848) dispone en su apartado 68: «A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, NormaCEF NCJ050472, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada».

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2022 (asuntos acumulados C-80/21 a C-82/21); 9 de julio de 2020 (asunto C-452/2018); 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C224/19 y C259/19 NormaCEF NCJ064917) y 22 de abril de 2021 (asunto C-485/21).

la existencia de un plazo de prescripción no supone una limitación de los derechos de los consumidores [...] sobre todo en un caso, como el que se analiza, en el que el plazo de prescripción no hace excesivamente difícil o imposible el ejercicio de derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

La prescripción de la acción de restitución de las prestaciones efectuadas con motivo de un contrato nulo ya había sido abordada por el Tribunal Supremo, con anterioridad a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumo antes enunciados. Nos referimos a las sentencias de 27 de febrero de 1964³¹ y 30 de diciembre de 2010³². En el primer caso, el Tribunal Supremo confirma la prescripción de la acción de restitución de las cantidades dadas en el marco de diversos contratos de compraventa y préstamo con garantía hipotecaria, los cuales habían sido anulados. En el segundo caso, en sede marcaria, el Tribunal Supremo confirma la prescripción de la acción de restitución de los efectos producidos como consecuencia de la declaración de nulidad de la concesión de una marca³³.

Cierto es que no existe –o no conozco– resoluciones judiciales, más allá de la sentencia núm. 93/2022, de 16 de marzo de 2022, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona en el procedimiento ordinario núm. 834/2021, que extiendan la doctrina jurisprudencial desarrollada en relación con las cláusulas «suelo» y de «gastos» en los préstamos con garantía hipotecaria al ámbito de la restitución de las prestaciones efectuadas con motivo de un contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos suscrito entre un empresario o profesional y un consumidor, declarado nulo. Ahora bien, como hemos expuesto en los apartados anteriores, no encontramos justificación alguna que permita, como afirma la sentencia de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, no extenderla. Ni la nulidad de un contrato de adquisición de un derecho de aprovechamiento por turnos es de categoría distinta a la nulidad de una cláusula de un contrato de

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 (STS 176/1964)

³² Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2010 (rec. núm. 929/2007).

³³ No es óbice de lo expuesto casos como el resuelto por la Sentencia de 25 de marzo de 2013 (rec. núm. 2201/2010). En aquel caso se sometía a la consideración del tribunal la prescriptibilidad de la restitución de las prestaciones ejecutadas en el marco de un contrato declarado nulo por simulación total, declarando: «En ese caso, en el que se le ficticia la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada deriva de la nada –*ex nihilo nihili*–. Precisamente el negocio simulado se define como aquel en que las partes, puestas de acuerdo entre sí, emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a los terceros. Esa creación consciente y bilateral de una apariencia negocial puede ocultar un negocio distinto –*colorem habet substantiam vero alteram*– o puede no ocultar nada –*colorem haber, substantiam vero nullam*».

Entiendo que en el caso de la simulación la razón radica en que no hay seguridad jurídica que proteger, por cuanto dicha seguridad jurídica se ha visto transgredida por las partes del negocio simulado mediante el engaño a terceros, perseguido por los contratantes.

préstamo con garantía hipotecaria, ni el contrato de adquisición de un derecho de aprovechamiento por turnos es diferente, en lo que a las consecuencias de su nulidad respecta, a la compraventa, el préstamo con garantía hipotecaria o los contratos de licencia de marca, ámbitos en los que ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo.

También se ha pronunciado sobre la prescripción de la acción de restitución tras la declaración de nulidad de un contrato –y no solo de una cláusula– el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 8 de septiembre de 2022. En ese caso, el tribunal resolvía las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Distrito de Varsovia. En aquel caso, se declaraba la nulidad íntegra de un contrato de crédito, planteándose si la limitación del plazo para instar la restitución de las prestaciones realizadas era conforme al derecho de la Unión. En aquel caso, según el derecho polaco, el plazo de prescripción era de 10 años. El Tribunal de Justicia de la Unión avaló, no solo la prescriptibilidad de la acción, sino también el plazo, si bien rechazó el inicio del cómputo en el momento de realización de la prestación.

4.5. Plazo de prescripción de la acción de restitución y *dies a quo*

Entiendo que la discusión real actual se sitúa en la determinación del *dies a quo* del plazo prescriptivo y no en el plazo en sí. El plazo de prescripción de la pretensión de restitución es el plazo general del artículo 1964.2 del Código Civil, es decir, el de cinco años (Marín López, 2017, p. 92)³⁴, pues se trata de una pretensión personal que no tiene un plazo especial.

El *dies a quo* de la pretensión de restitución en relación con los pagos indebidos que se hicieron a un tercero en méritos de la aplicación de las cláusulas de asunción de gastos contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria motivó la petición de decisión prejudicial formulada por el pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante auto de 22 de julio de 2021, dictado en el recurso de casación núm. 1799/2020, que ha dado lugar al asunto C-561/21. Descartada la iniciación del plazo a la perfección³⁵ y consumación del contrato, así como el momento de realización de la prestación cuya restitución se insta³⁶, plantea el tribunal si puede establecerse

³⁴ Sobre la aplicación del plazo general de prescripción, auto del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021, rec. de casación 1799/2020, fundamento de derecho tercero, apartado 8.º. Plazo de prescripción que sería de 10 años en aquellos casos en que sea de aplicación el Código Civil de Cataluña, conforme a lo dispuesto en el artículo 121-20. En relación con el ámbito de aplicación del Código Civil de Cataluña en sede de prescripción, véase Lacaba Sánchez (2023, pp. 227 a 278).

³⁵ Momento expresamente descartado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de junio de 2021 (asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, Norma CEF NCJ065534).

³⁶ A este respecto Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2021 (asunto C-485/19).

el *dies a quo* en el momento en que por parte del Tribunal Supremo se dictaron reiteradas sentencias –el 23 de enero de 2019– por las que se fijaba doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios o si puede establecerse el *dies a quo* a la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a plazo de prescripción (9 de julio de 2020 o 16 de julio de 2020, que confirma la anterior), o si, por el contrario, el plazo no puede tenerse por iniciado hasta el momento en que se declara la nulidad de la cláusula o contrato.

Todas las opciones cuentan con firmes defensores y detractores. Así, en relación con la primera de las opciones, la fijación de doctrina jurisprudencial por el Tribunal Supremo o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Audiencia Provincial de Valencia³⁷ afirma que debe descartarse ese momento por cuanto «las sentencias no son equiparables a las leyes, no son fuentes del ordenamiento jurídico, aunque las del Tribunal Supremo lo completen con la doctrina reiterada que establezcan al interpretar esas fuentes, por lo que no puede exigirse que la generalidad de los ciudadanos las conozcan». En relación con la segunda de las opciones, esto es, que el inicio del cómputo del plazo prescriptivo de la pretensión de restitución debe ir ligado a la declaración de nulidad, la Audiencia Provincial de Madrid³⁸ afirma:

Esta Sala se decanta por considerar que siendo la acción de nulidad imprescriptible, ciertamente cabría someter al plazo de prescripción del art. 1964 CC (EDL 1889/1) la acción de restitución de cantidades derivadas de la nulidad, que bien pudo reservarse para un pleito posterior, pero no estimamos que el cómputo deba iniciarse desde los pagos, porque ello es tanto como someter a prescripción la propia acción de nulidad, ya que, de nada serviría declarar que es imprescriptible si sometemos la reclamación de cantidad consecuencia de dicha nulidad a un plazo de prescripción a contar desde el contrato o los respectivos pagos, porque con ello no se garantizaría la efectividad de la nulidad y el peno resarcimiento del consumidor. Por ello, esta Sala sitúa el inicio del cómputo en el momento de declaración judicial de la nulidad por abusividad.

No comparto ninguno de los dos posicionamientos. Empezando por el que sostiene la Audiencia Provincial de Madrid y algunos autores (Cadenas Osuna, 2023), relativo a la fijación del *dies a quo* debe situarse en el momento de declaración de nulidad, como el propio Tribunal Supremo³⁹ y autores como Marín López (2017, p. 93) ponen de manifies-

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 1 de febrero de 2018 (ROJ: SAP V 1121/2018).

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 29 de septiembre de 2022 (ROJ: SAP M 12895/2022).

³⁹ Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021, rec. de casación 1799/2020, fundamento de derecho quinto, apartado 3.º.

to; ello sería tanto como hacer, *de facto*, imprescriptible la acción de restitución, pues pudiendo en cualquier momento instarse la nulidad –sin límite alguno temporal–, podría en consecuencia instarse la restitución. Es más, desde ese momento futuro indeterminado, se iniciaría un plazo cierto, el de prescripción, interrumpible, para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas en méritos del contrato cuya nulidad se declara. Es decir, lo cierto es que la protección del principio de seguridad jurídica que justifica la prescripibilidad de la acción de restitución se vería soslayado de forma clara. En consecuencia, entiendo que dicha solución contraviene la propia doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada anteriormente, la cual justifica la limitación temporal del derecho del consumidor a instar la restitución en favor de la seguridad jurídica. Pero, además, como afirma Marín López (2017, p. 93), esta posibilidad sería aceptable si la sentencia que declara la nulidad fuera de naturaleza constitutiva –es decir, si estuviéramos ante un supuesto de anulabilidad–, pero en aquellos casos en que estamos ante un supuesto de nulidad radical, la sentencia dictada en ejercicio de la acción de nulidad es mero declarativa, como ya he referido.

Por lo que a la posición de la Audiencia Provincial de Valencia respecta, la cual considera que la fijación de doctrina jurisprudencial no puede ser el momento de iniciación del plazo de prescripción por, esencialmente, la escasa probabilidad de que el sujeto titular de la pretensión, el consumidor, pueda conocer dicha doctrina, considero que lo anterior es contrario al desarrollo de la sociedad de la información en la que vivimos. Es asumir que el consumidor, en decisiones trascendentales de su vida –patrimonial, si se quiere– carece de información que le permita, de forma razonable, conocer el estado de la cuestión.

Para justificar la afirmación anterior, es necesario analizar los criterios seguidos por el Código Civil y la jurisprudencia en la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción. Dos son los criterios clásicos de determinación: el objetivo y el subjetivo. Como es sabido, el Código Civil parte del criterio objetivo («el tiempo para la prescripción [...], se contará desde el día en que pudieron ejercitarse», señala el artículo 1969 del Código Civil). El criterio objetivo proporciona una mayor seguridad en las relaciones jurídicas al propugnar el establecimiento de una fecha objetiva constatable. Pese a ser el criterio objetivo el imperante en el Código Civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁰ ha ido poco a poco ponderando el criterio objetivo con la introducción del criterio subjetivo⁴¹. Este tiene en cuenta si el acreedor conoce o razonablemente debería conocer las circunstancias que permiten el ejercicio de la acción. Es decir, el momento en que razonablemente se puede entender que puede ejercitarse la acción. Este criterio subjetivo es el elegido por el Código Civil de Cataluña en el artículo 121-23 al disponer: «1. El plazo de prescripción se inicia cuando,

⁴⁰ Ejemplo claro de la subjetivación del inicio del plazo prescriptivo es la Sentencia de 10 de mayo de 2021 (NormaCEF NCJ065514).

⁴¹ Criterio subjetivo que introduce la propuesta de 2009 para la modernización del derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación y tiene su reflejo en los artículos 1488 y 1495.

nacida y ejercitable la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse». Necesariamente, la concurrencia del criterio subjetivo para estimar la iniciación del plazo prescriptivo debe conciliarse con alguna forma de objetivación pues, como tiene reiterado el Tribunal Supremo, la prescripción es una institución que no se funda en principios de estricta justicia, sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho⁴². En síntesis, nos hallamos ante la combinación del criterio de la *actio nata* y de la *ejercibilidad* con la incorporación de la cognoscibilidad razonable.

La cognoscibilidad razonable no supone un conocimiento real y efectivo de las circunstancias que fundamentan la pretensión y la persona contra la que esta debe ejercitarse, sino una conclusión a la que se puede objetivamente llegar a la vista de la difusión de las circunstancias referentes al ejercicio de la pretensión de la que se trata, y es un término que enlaza con la diligencia exigible al titular de la pretensión. Esta cognoscibilidad razonable llega hasta el extremo de no poder negarse en aquellos casos en los que no existan elementos que permitan desvirtuar que el concreto acreedor no podía sujetarse a dicha presunción⁴³.

En el ámbito de las acciones de nulidad y de restitución de las prestaciones dadas en el marco de un contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos, entiendo que el conocimiento de las circunstancias que habilitan la pretensión y la persona frente a quién dirigirla puede razonablemente trasladarse a un momento que conlleva la actual prescripción de la prestación.

Si atendemos a la exposición de motivos de la derogada Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, podemos apreciar que la norma es consecuencia de la reglamentación necesaria ante la «gran cantidad de abusos que se han dado en este sector». Es decir, la norma es la respuesta ante la problemática surgida en el mercado, no solo nacional sino también internacional, que motiva que sea el Parlamento Europeo quien aborde la cuestión a través de la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994. Problemática, por otra parte, acaecida en el contexto de los países ajenos al tradicional *timesharing* anglosajón y motivación del primer atisbo del derecho de aprovechamiento por turnos en nuestro país: las pólizas de verano, que el 6 de julio de 1960, como da cuenta la exposición de motivos de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, trataron de acceder al Registro de la Propiedad Industrial. Es decir, en el ámbito del derecho de aprovechamiento por turnos nos hallamos ante una regulación más o menos uniforme y

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2023 (NormaCEF NCJ066766) o de 25 de julio de 2023 (NormaCEF NCJ066742).

⁴³ En este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 23 de junio de 2023 (ROJ: STSJ CAT 6972/2023).

de carácter europeo, desarrollada por la posterior Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, traspuesta al ordenamiento nacional por la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos de vacaciones de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

La interpretación y aplicación de la anterior normativa ha dado lugar a 7 pronunciamientos del Tribunal de Justicia entre 1998 y la actualidad, a 132 sentencias del Tribunal Supremo y a 2.403 sentencias de las audiencias provinciales. Una búsqueda en internet de los términos «aprovechamiento por turnos» arroja 1.780.000 resultados. Una búsqueda de los términos «nulidad aprovechamiento por turnos» arroja más de 312.000 resultados. Firmas de abogados especializadas en procedimientos de nulidad de contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos cuentan con publicaciones recurrentes en la materia desde el año 2012⁴⁴.

Con ello quiero decir que cualquier consumidor diligente ha tenido a su alcance innumerables medios y posibilidades de conocer, ya por vía normativa –tanto en sus países de origen, en caso de resultar extranjeros, como en España–, ya por vía jurisprudencial o por vía informativo-comercial, las circunstancias que rodean a los contratos, para el caso de resultar cierto que desconocían las circunstancias concretas en el momento de su perfección y consumación. Entiendo que en estos casos existe un supuesto que encaja en el criterio determinado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 1 de septiembre de 2020⁴⁵, es decir, un supuesto en el que se puede razonable presumir que el titular de la pretensión está en condiciones de conocer las circunstancias que habilitan el ejercicio de la pretensión, presunción que, al propio tiempo, encaja con la presunción de abandono o renuncia del derecho, que sirve de fundamento subjetivo de la prescripción.

Llegados a este punto, no creo que se ajuste al canon de la cognoscibilidad razonable como criterio subjetivo de determinación del *dies a quo* del plazo prescriptivo, el criterio sostenido por la Audiencia Provincial de Valencia para desestimar las fechas en las que el

⁴⁴ Véase, a título de ejemplo: www.rmabogados.es (registrada en el año 2016); <https://ayuda.abogado-demultipropiedad.com/deuda-de-comunidad>, donde se publican casos desde el año 2012; <https://diazpascualabogados.es/sentencia-efectos-de-nulidad-de-contratos-de-time-sharing/>; <https://lex.ahk.es/actualidad-juridica/causas-de-nulidad-de-los-contratos-time-sharing-utilizacion-de-la-propiedad-comun-en-caso-de-herencia> (publicación de mayo de 2016); https://www.eldiario.es/canariasahora/tribunales/supremo-condena-anfi-timesharing-semanas-flotantes-turismo_1_4052621.html (noticia de abril de 2016).

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala Civil y Penal, de 1 de septiembre 2020 (ROJ: STSJ CAT 6367/2020).

Tribunal Supremo dictó varias resoluciones en la materia. Todo consumidor, y no olvidemos que estamos hablando en la mayoría de ocasiones de ciudadanos extranjeros –especialmente de nacionalidad inglesa–, en cuyos países el fenómeno del aprovechamiento por turnos y los clubs de vacaciones superan con creces el desarrollo español, incluso general europeo, ha tenido a su alcance fuentes de conocimiento suficientes para, salvo dejación de su propio derecho o falta de diligencia en su tutela, haber conocido, no ya de las sentencias dictadas por el Alto Tribunal, sino de su derecho para instar la declaración de nulidad de los contratos suscritos, y la consecuente restitución. Nótese que, como sostiene la Sentencia de 25 de junio de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴⁶, para la determinación de la razonabilidad en la fijación del *dies a quo* de la prescripción, habrá de estarse a la naturaleza y objeto del contrato, así como a las circunstancias del caso y los usos y prácticas del ramo de actividad a que el mismo se refiera, lo cual es coherente con el fundamento subjetivo de la prescripción. Por ello, en la determinación del *dies a quo* de la pretensión de restitución en el ámbito de los derechos de aprovechamiento por turnos no podemos obviar todos los extremos anteriormente referidos.

La introducción de la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo como punto de partida del plazo prescriptivo integran el requisito objetivo que, en conjunción con el subjetivo expuesto, permiten determinar el *dies a quo*.

Por ello, considero que no merece la tutela pretendida aquel consumidor que, salvo especial circunstancia, habiendo podido conocer de forma razonable de las circunstancias necesarias para el ejercicio de sus pretensiones, no habiéndolo hecho durante un muy largo periodo de tiempo –superando con mucho, en innumerables casos, el plazo de prescripción desde la consumación del contrato–, pretende ahora, transcurridos ya ocho años desde los pronunciamientos del Alto Tribunal, la reintegración de lo que en conformidad dio y ha venido disfrutando. No solo porque entiendo que no debe recibir la tutela pretendida quien ha abandonado su derecho, sino por cuanto esta atención tardía, añeja e intempestiva constituye un quebranto de la seguridad jurídica esencial necesaria en cualquier mercado. No se trata con ello de amparar el quebranto de la norma con el solo paso del tiempo, se trata de evitar que ánimos despertados de forma incierta –incluso de forma abyecta o espuria– pongan en un serio aprieto, no solo a las empresas que de una u otra forma participan de la gestión profesional de inmuebles constituidos en régimen de aprovechamiento por turnos –empresas que en la mayoría de casos no han participado ni de la constitución ni de la comercialización de los regímenes–, sino también al sistema judicial, por cuanto determinados partidos judiciales en zonas costeras se ven colapsados de procedimientos de esta índole, en los últimos años, como si el ejercicio de determinadas acciones se haya convertido en una moda jurídica.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Civil y Penal, de 25 de junio de 2015 (ROJ: STSJ CAT 6240/2015).

Este posicionamiento es acorde con el criterio sostenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus últimos pronunciamientos. Así, el tribunal sostiene que «procede señalar que un plazo de prescripción únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o expirase», de modo que no es conforme al derecho de la Unión aplicar un plazo de prescripción, o fijar el *dies a quo*, en un momento que implique que

este no estuviera en condiciones de apreciar por sí mismo el carácter abusivo de la cláusula contractual o no tuviera conocimiento del carácter abusivo de esta y sin que se tenga en cuenta la duración del reembolso establecida en el contrato, en este caso treinta años, muy superior al plazo de prescripción legal de diez años, no puede garantizar a ese consumidor una tutela efectiva⁴⁷.

Con ello, entiendo que el tribunal viene a señalar que, en aquellos casos en que el consumidor no esté en condiciones de apreciar por sí la nulidad de cláusula –nótese que al tribunal se le preguntó expresamente por un supuesto en el que el consumidor, objetivamente, no tuviera posibilidad de conocer o apreciar la nulidad–, no es posible determinar el *dies a quo* hasta el momento de la nulidad o momento en el que el consumidor esté en condiciones de conocer o pueda conocer. Es decir, el tribunal se reconduce hacia el criterio de la cognoscibilidad razonable que hemos expuesto anteriormente. Este pronunciamiento es especialmente relevante por cuanto la resolución de esta cuestión prejudicial motivó la suspensión de la tramitación de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo el 22 de julio de 2021, y que ha dado lugar al asunto C-561/21, por entender que era un precedente esencial. Así las cosas, y en atención a las cuestiones formuladas por el Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia de la Unión, entiendo que la respuesta debería ser que no se opone al derecho de la Unión establecer el *dies a quo* en un momento anterior a la declaración de nulidad del contrato, si ello no implica que el consumidor no haya podido tener conocimiento de la nulidad del contrato o cláusula controvertida.

5. Conclusiones

Expuesto cuanto antecede, debo concluir afirmando que nuestro ordenamiento no conoce más nulidad que la nulidad radical –de pleno derecho– o anulabilidad que recoge el Código Civil, con independencia de que las causas de estas puedan ser de diferente naturaleza.

Toda vez que la nulidad, como invalidez del negocio, es única con independencia de su causa, las consecuencias son las mismas, es decir, las que prevea la propia norma, confor-

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2022 (asuntos acumulados C-80/21 a C-82/21).

me a lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, o, en defecto de previsión específica, la ineficacia del negocio jurídico mediante la restitución de las prestaciones que se hubieren ejecutado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil.

La pretensión para hacer valer los efectos de la nulidad del contrato –esencialmente restitutivos– es independiente de la acción de nulidad. La acción de nulidad da lugar a un pronunciamiento mero declarativo, cuando estemos ante un supuesto de nulidad, o constitutivo en caso de hallarnos ante un supuesto de anulabilidad. Es decir, la pretensión de restitución de las prestaciones efectuadas como consecuencia de un negocio jurídico nulo no está vinculada de forma esencial a la pretensión de nulidad, pues esta última solo será precisa cuando alguna de las partes del contrato la niegue o exija el cumplimiento de este o cuando estemos ante un supuesto de anulabilidad.

La ineficacia del negocio jurídico consecuencia de la nulidad de este no implica que los efectos que, en el plano material, haya producido el contrato puedan ser ignorados por el ordenamiento jurídico *ad aeternum*. El principio de seguridad jurídica impone la necesidad de que el paso del tiempo, mediante la institución de la prescripción, consolide los efectos producidos en el plano fáctico por el negocio jurídico nulo. En consecuencia, la pretensión de restitución de las prestaciones ejecutadas, como la generalidad de pretensiones en nuestro derecho, está sujeta a su ejercicio en tiempo y forma.

El inicio del cómputo del plazo prescriptivo no debe situarse, en los supuestos de nulidad, en el momento en que tiene lugar la declaración de nulidad del negocio jurídico, pues más allá de que esta no tiene efectos constitutivos, ello supondría convertir a la pretensión de restitución en una pretensión imprescriptible mientras no se inste la declaración de nulidad.

El criterio objetivo y el subjetivo de determinación del inicio del plazo prescriptivo permiten, en la actualidad, establecer el inicio del cómputo en el momento en que el Tribunal Supremo o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sientan jurisprudencia sobre una determinada cuestión.

Todo consumidor tiene a su alcance medios suficientes para, en una situación de mínima diligencia en la tutela de sus propios intereses, conozca el estado de la cuestión y, en consecuencia, pueda ejercitar las acciones que estime oportunas.

No es aceptable, en atención al canon de la cognoscibilidad razonable, que muchos años después de perfeccionar y consumir un contrato, así como muchos años después de que el Tribunal Supremo o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hayan dictaminado sobre la nulidad de este, se acepte que el consumidor solo se encuentra en disposición de ejercitar la pretensión de restitución una vez declarada la nulidad del contrato en cuestión.

La falta de interés en su propia autotutela, que súbitamente se despierta, de forma intempestiva o tardía, para ejercitar una pretensión que pudo haber ejercitado muchos años

antes sin haberlo hecho, atenta contra la más mínima seguridad jurídica que el tráfico actual requiere.

Los plazos de ejercicio de las pretensiones en nuestro ordenamiento son suficientes para conciliar una debida y efectiva protección del consumidor y la salvaguarda de la seguridad jurídica.

Si la propiedad, como derecho fundamental de nuestra organización socioeconómica, está sujeta a prescripción –incluso mediando título nulo–, no puede plantearse que la restitución de cantidades derivada de la declaración de nulidad de un contrato sea ajena al paso del tiempo.

Referencias bibliográficas

- Albadalejo García, M. (1958). *El negocio jurídico*. Bosch.
- Cadenas Osuna, D. (2023). Análisis jurisprudencial de la prescripción extintiva de la acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas en aplicación de cláusulas abusivas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 798, 2.401-2.423.
- Campo Álvarez, B. del. (2021). *Nulidad parcial en los contratos*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Carpi Martín, R. (2021). Invalidez e ineficacia: nulidad y anulabilidad. En M.^a del C. Gete-Alonso y J. Calera y Solé Resina, *Derecho de Obligaciones y Contratos de Cataluña*. Atelier.
- Delgado Echevarría, J. (1981). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. Manuel Albadalejo), vol. 2. Edersa.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1961). Eficacia e ineficacia del negocio jurídico. En *Anuario de Derecho Civil*, vol. XIV, fas. IV.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2017). *Sistema de Derecho Civil*, t. I, vol. II. Tecnos.
- Lacaba Sánchez, F. (2023). Principales líneas jurisprudenciales del TSJC en materia de prescripción y caducidad (pp. 227 a 278). En *L'Aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya*. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, Universitat de Girona.
- Lacruz Berdejo, J. L. (2005). *Derecho Subjetivo. Negocio Jurídico. Elementos de Derecho Civil*. t. I, vol. III. Dykinson.
- Lacruz Berdejo, J. L. (2007). *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1. Dykinson.
- López Beltrán de Heredia, C. (2009). *La nulidad de los contratos*. Tirant lo Blanch.
- López y López, A. M. (2022). Ineficacia del contrato por invalidez: el binomio nulidad-anulabilidad. Líneas generales. En *Estudios de Derecho de Contratos*. BOE.
- Marín López, M. J. (2017). La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los



gastos abonado. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 22.

Moreno-Luque Casariego, C. (s. f.). Notas sobre la eficacia e ineficacia del negocio: inexistencia, anulabilidad y rescisión. *Actualidad Civil*, 38.

Ramón Fernández, F. (2012). Conceptualización de la ineficacia, invalidez e inexistencia

en el Derecho español. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 19.

Ribón Seisdedos, E. (2017). *Cláusulas suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*. Sepín.

Daniel Benítez Rodríguez. Licenciado en Derecho por ESADE, profesor asociado de Derecho Civil en la Universidad Abat Oliba CEU, abogado en ejercicio e investigador predoctoral en CEINDO. <https://orcid.org/0000-0003-3289-3416>



Control causal, soluciones de equidad y exigencia de la responsabilidad civil

Particular tratamiento del *ius retentionis*, los daños punitivos y la cláusula *rebus*

Francisco de la Torre Olid

Doctor en Derecho Civil

Profesor contratado doctor.

ESIC Business & Marketing School (España)

fdelatorreo@universidadviu.com | <https://orcid.org/0000-0002-5188-6118>

Extracto

La eficacia jurídica requiere un despliegue de los instrumentos articulados por el legislador o extraídos de los argumentos de justicia latentes en el ordenamiento para servir a su mayor significación jurídica. Al tiempo, esta proyección no cabe construirla *ex novo*, sino a partir de una fundamentación que se encuentra, en gran medida, en el texto codificado. La vitalidad y actualidad del Código Civil, armonizadas con los referentes constitucionales, ofrecen las bases para apreciar la lógica y coherencia del derecho, que hoy se debe mostrar en su mejor versión para alcanzar soluciones de justicia material con un catálogo de recursos, radicados en el control causal y la ponderación de la equidad, de un lado; y, de otro lado, en la objetivación de la culpa y en el efecto sancionador, para explicar la medida de exigencia de la responsabilidad civil. El presente estudio relaciona y explica un cuadro de medidas que sirven, por una parte, al aseguramiento y al agravamiento de la responsabilidad; y, por otra parte, para su dulcificación o excusa. Se distinguen así instrumentos como el *ius retentionis*, la responsabilidad por riesgo, el efecto sancionador añadido al de la reparación, el control causal frente a la abusividad y la posibilidad de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Palabras clave: control causal; equidad; responsabilidad civil; *punitives damages*; objetivación de la culpa; *ius retentionis*; cláusula *rebus*.

Recibido: 30-08-2023 / Aceptado: 04-10-2023 / Publicado: 05-12-2023

Cómo citar: Torre Olid, F. de la (2023). Control causal, soluciones de equidad y exigencia de la responsabilidad civil. Particular tratamiento del *ius retentionis*, los daños punitivos y la cláusula *rebus*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 275, 35-68. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19369>



Causal control, solutions of equity and requirement of civil responsibility

Particular treatment of *ius retentionis*, punitive damages and the *rebus* clause

Francisco de la Torre Olid

Abstract

Legal effectiveness requires a deployment of the instruments articulated by the legislator or extracted from the latent justice arguments in the law to serve their greatest legal significance. At the same time, this projection cannot be built *ex novo* but from a foundation that is found, to a large extent, in the codified text. The vitality and topicality of the Civil Code, harmonized with the constitutional references, offer the bases to appreciate the logic and coherence of the law that today must be shown in its best version to achieve solutions of material justice with a catalog of resources, based on the control causal and equity weighting, on the one hand; and, on the other hand, in the objectification of the fault and in the sanctioning effect, to explain the measure of demand of the civil responsibility. This study relates and explains a table of measures that serve, on the one hand, to secure and aggravate liability; and, on the other hand, for its sweetening or excuse. Thus, instruments such as *ius retentionis*, liability for risk, the sanctioning effect added to that of reparation, causal control against abusiveness and the possibility of application of the *rebus sic stantibus* clause are distinguished.

Keywords: causal control; equity; civil liability; punitive damages; fault objectification; *ius retentionis*; *rebus* clause.

Received: 30-08-2023 / Accepted: 04-10-2023 / Published: 05-12-2023

Citation: Torre Olid, F. de la (2023). Control causal, soluciones de equidad y exigencia de la responsabilidad civil. Particular tratamiento del *ius retentionis*, los daños punitivos y la cláusula *rebus*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 275, 35-68. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19369>



Sumario

1. Preámbulo
2. De la exoneración de la responsabilidad civil a la inexcusabilidad
3. Otros supuestos de daños punitivos
4. El *ius retentionis* como instrumento de garantía de la reparación justa
5. El abuso de derecho como referente para el control causal
6. La tutela del daño moral para la mayor exigencia de la responsabilidad civil
7. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*
8. Otras medidas de control causal, justicia material y exigencia de la responsabilidad
 - 8.1. La inversión de la carga de la prueba, frente al *incumbit probatio qui dicit*
 - 8.2. La solidaridad en el lado pasivo, frente a una regla general de mancomunidad
 - 8.3. La acción colectiva del lado activo
 - 8.4. La responsabilidad objetiva o por riesgo
 - 8.5. El comiso, la atribución en propiedad y la afección real
 - 8.6. Las medidas cautelares y otras soluciones inmediatas en el tiempo
 - 8.7. Derecho de participación, revisión por equidad
 - 8.8. Derechos irrenunciables y control de legalidad
9. Conclusiones
 - 9.1. Vitalidad y actualidad del Código Civil
 - 9.2. Normalización de las medidas de aseguramiento y de agravamiento de la responsabilidad civil
 - 9.3. Control causal y equidad
 - 9.4. Concreción de los requisitos que legitiman el plus de la responsabilidad o su excusa

Referencias bibliográficas



1. Preámbulo

La virtualidad y eficacia jurídica se ha de traducir en el cumplimiento del derecho, como instrumento nacido para su realización material. Situados en esta premisa, se trata de ir más allá de una reacción ante la infracción para que, en caso de esta, de verdad se consiga la reparación completa, se logre la *restitutio in integrum*. También se busca justificar la necesidad de acoger medidas complementarias a la función reparadora que, incluso, supongan un castigo para que, advertidos de esa ejemplaridad, se logre disuadir de todo incumplimiento del débito y satisfacer al perjudicado. Además, la sanción se podrá predicar no solo ante un incumplimiento, sino que cabrá aplicarla en caso de que en el ejercicio de un derecho y realizando un acto lícito, velando su desenvolvimiento, se aprecie un ejercicio abusivo, un comportamiento antisocial o un enriquecimiento injusto.

Según se abundará en expositivos siguientes, nos preocupará verificar la concurrencia de los requisitos esenciales del negocio jurídico en el momento de su perfección, como también apostar por la proyección del control causal en el tiempo de la ejecución del mismo, según nos indican tanto los preceptos generales (en el título preliminar del Código Civil, en el art. 7 CC) como los preceptos particulares (con ocasión de regular el estatuto obligacional del usufructuario, en el art. 520 CC).

En suma, anunciamos el compromiso de encontrar razonamientos y fundamentos de derecho suficientes en nuestro texto codificado, para entender bases, tradición y proyección que, frente al incumplimiento de las obligaciones, garanticen la mayor censura y que, en caso de ejercicio de derecho, permitan desplegar un control posterior para garantizar su desenvolvimiento ajustado al interés general, comprometido con el referente social y proscribir la abusividad.

Con este preámbulo se está afirmando que, frente a la mera posibilidad, tenemos soluciones entre culpa y riesgo, para no aplicar de manera exclusiva y excluyente el presupuesto de la medida de la diligencia según la culpa o que solo quepa el reproche culpabilístico. Además,

se confirma que, junto a la función de la responsabilidad civil reparadora, el propio Código Civil reúne diferentes soluciones en favor de una posible función preventiva y sancionadora. Y, como corolario, encontrando fundamentos suficientes, también cabrá medir la responsabilidad civil excusándola, a pesar de un incumplimiento o de una lesión; o agravarla, aún en el caso en que se provoque un daño desde el ejercicio de un derecho propio o partiendo de un acto lícito, contra el que quepa actuar por incurrir en abusividad o comportamiento antisocial.

No hablamos, por tanto, de novedad si encontramos referentes suficientes en nuestra codificación, confirmando la actualidad y eficacia del articulado de nuestro texto legal principal. Debemos, mejor, hablar de una lógica y de coherencia en el desarrollo normativo que, en nuestro estudio, toma como hilo conductor las soluciones de equidad, el control causal, la proscripción del enriquecimiento injusto, la garantía de reparación del daño y, por demás, la posibilidad de dulcificar la norma con soluciones de equidad.

En efecto, el legislador decimonónico ya mostró una temprana sensibilidad con la ponderación de la equidad (art. 3.2 CC), con la moderación de la responsabilidad (art. 1103 CC)¹ o, directamente, con medidas de limitación de la responsabilidad (desde el anecdótico art. 43 CC, al completar el régimen de los esponsales indemnizando solo los gastos sufridos por el prometido, para evitar el enriquecimiento injusto, de conformidad con un general art. 1901 CC; hasta la solución ofrecida en otros preceptos con la fijación tasada del *quantum*, como se recoge en el contrato de arras –art. 1454 CC– con la pérdida de la señal o con el pago del duplo; pasando por el cálculo y límite de lo que el representante del ausente puede retener en compensación de su administración y representación –art. 186 CC²–). Esta limitación de la responsabilidad, en buena lógica, se impulsará (decisivamente con las sociedades de capital) en razón a un mercado arriesgado al que, sin embargo, hay que invitar y atraer a todo emprendedor comprometido con la creación de la riqueza y el empleo³.

¹ Tal medida de flexibilidad se articula incluso evitando la automaticidad, añadiendo a la moderación una necesidad de compeler al deudor que ha incurrido en mora, según tradicionalmente se afirma entre los criterios para diferenciar la contratación civil y la mercantil, ya que en esta no debía estarse a requerimiento alguno, precisamente porque se entendía que el deudor, al retener la mercancía o el servicio que, en todo caso, tenía inmersos en un tráfico económico, incurría con su retraso en un enriquecimiento injusto. De todas formas, en línea con la tendencia legislativa a nivel internacional, es sabida la tendencia a desdibujar la distinción entre la contratación civil y mercantil por la fuerza de un régimen tuitivo que, sobre todo cuando se dan condiciones generales de contratación, requieren la tutela en favor del destinatario de estas.

² Tanto el artículo 43 del CC como el artículo 186 del CC son especialmente significativos ya que, aun referidos a situaciones muy particulares e incluso excepcionales en la práctica, son muestras de soluciones muy justas donde el legislador muestra un interés en reforzar la responsabilidad y la equidistribución. Así, en el artículo 43 del CC, sin partir de una obligación jurídica (en tanto la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo), no se duda en compensar el gasto sufrido por el prometido frustrado. De igual modo, a favor del representante del ausente, tampoco se duda en que su tarea de administración –art. 185 CC– se compense concediendo facultades de disposición o de ir reteniendo lo que a su labor se le ha de retribuir.

³ Lo que explica el amplio catálogo de medidas de impulso a la creación de empresas de base tecnológica, ofrecidas en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes.

De igual modo, el Código muestra la preocupación por preservar la capacidad económica de cada persona (con la limitación al donante en el art. 634 CC, que debe reservarse lo necesario para vivir con arreglo a sus circunstancias, o evitando el desequilibrio patrimonial en las soluciones a las crisis matrimoniales según el art. 97 CC, apostando por evitar un empeoramiento respecto a las situación anterior; también imponiendo un deber de contribuir a los gastos familiares en cuanto el menor alcanza un nivel de rentas, según el art. 155 CC; y, en otro caso, de conformidad con el art. 651 CC, cuando legitima al donante para revocar la donación por las causas de los arts. 644 y 648 CC, prescribiendo que el donatario no devuelva los frutos entendiendo que, hasta acontecer la causa de revocación, la causa operó correctamente).

Por demás, en cuanto al principio de culpa que preside el sistema de responsabilidad civil codificado, debemos entender que, en la medida que haya una mayor apuesta del legislador por comprobar el consentimiento informado y por reconocer la autonomía de la persona, mayor número de soluciones podrán recaer, en unos casos, en la culpa exclusiva de la víctima (o lo que es igual, el debilitamiento de la alteridad o imputación y exigencia a tercero por lo realizado bajo nuestra sola responsabilidad, porque se trate de un acto con consecuencias dañinas realizado desde nuestra temeridad o con desprecio a la diligencia debida) y, en otros casos, de conformidad con la doctrina de la asunción de riesgos, que se tenga que soportar el daño al haber estado informado de los riesgos que entrañaba el acto y haber consentido tal eventualidad. En este sentido vemos una correspondencia entre el artículo 249 del CC (en su redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica) y el artículo 299 del mismo texto legal al hacer lógica la exigencia de responsabilidad en la misma medida que se permite el desenvolvimiento en condiciones de igualdad.

También encontramos en el Código Civil medidas de endurecimiento de la responsabilidad que se enumeran en disposiciones generales y que luego explicarán su concreción en preceptos e instituciones particulares. De este modo se dispone agravando la responsabilidad exigible al agente lesivo que actuó con dolo (cfr. arts. 1102 y 1107 CC) y se prepara el escenario donde entender la superación de la función exclusivamente reparadora de la responsabilidad civil para añadir la función disuasoria, ejemplar o, incluso, sancionadora, tal como se puede verificar en los artículos 457, 1488, 1744, 1745, 1891 del CC.

Sin perjuicio de abundar en la explicación de los preceptos antes relacionados, recordemos ahora que, en el primero de los artículos citados, con ocasión de regular la liquidación del estado posesorio, se sanciona al poseedor de mala fe haciéndole responder de la pérdida o deterioro «en todo caso». En la regulación de las obligaciones del vendedor, si la cosa se pierde por caso fortuito, podrá el comprador reclamar el precio que pagó. También, cuando se regula el comodato, al comodatario se le hace responsable de la pérdida de la cosa, aunque traiga causa del infortunio. Y, finalmente, al articular la gestión de negocios ajenos sin mandato, el gestor oficioso será responsable del perjuicio ocasionado, aunque se deba a un caso fortuito.

En esta línea del endurecimiento de la responsabilidad, abundando en aquellos avances que en el Código Civil ya quedaron recogidos, tras asumir que se descansa en la culpa (arts. 1101 y 1902 CC), se vinieron a ofrecer algunos antecedentes en la tendencia objetivadora. Situamos contemporánea del Código, a finales del siglo XIX, la primera ley francesa de accidentes de trabajo en la que se consideró esta superación del principio de la culpa y se encontró referente para avanzar en la culpa virtual, en favor de la posibilidad de la presunción de culpa (que se pudo concretar en nuestro ordenamiento en preceptos como el art. 1769 CC o el art. 1563 CC cuando, en el primero, se regulan las obligaciones del depositario al que se le presume culpable del quebranto de la cerradura de la cosa depositada; y cuando, en el segundo, se hace responsable al arrendatario del deterioro o pérdida de la cosa arrendada, salvo que pruebe que aconteció sin su culpa), por lo que ante el daño desproporcionado o la miseria de medios esa presunción, aunque muy puntual y extraordinariamente, puede invocarse y extenderse a otros supuestos.

Sirva un breve recordatorio de las teorías desarrolladas por la jurisprudencia francesa para acuñar la *faute virtuelle*, que razona estimando que la anormalidad en el resultado conlleva presumir la culpa a quien desplegó la conducta que causó el daño desproporcionado. Se concluye que, si no se hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa. Se trata de deducir, en definitiva, la negligencia desde la anormalidad del resultado.

Estar atento a la dinámica y demanda social exige cumplir la norma y, además de verificar que los negocios se perfeccionan con arreglo a derecho, completar el jurista su labor haciendo un seguimiento del desenvolvimiento de las situaciones jurídicas, por si hay que constatar la concurrencia de una cláusula abusiva y, por tanto, nula; por si hay que dispensar el comportamiento incumplidor en razón a unas circunstancias sobrevenidas, relevantes e imprevisibles, dando flexibilidad al rigor de la norma por la fuerza de una cláusula *rebus sic stantibus*; o por si es extraordinariamente grave una infracción y la extensión del daño requiere una ejemplar persecución y, también por la vía civil, imponer una sanción.

Por tanto, según se empieza a decir, hay que reaccionar ante el incumplimiento y hacerlo con eficacia; como también hay que evitar que, al amparo de un aparente fiel cumplimiento, se incurra en lo abusivo y, al tiempo, hay que considerar el poder excusar la fuerza de derecho para cuando quepa en justicia permitir el incumplimiento justificado.

Principios de buena fe, subjetiva y objetiva; el *pacta sunt servanda* puntualmente dispensado por la cláusula *rebus sic stantibus*, el principio de culpa evolucionando en la tendencia objetivadora, son reglas que, si no procede generalizar, sí es posible normalizar. En tiempos en los que la novedad legislativa es intensa, donde todo parece inspirar la innovación, es preciso ganar visión panorámica y comprobar, como preocupa en este estudio, que hay fundamentos suficientes, sobre todo localizados y razonados en nuestro derecho general codificado, para acoger y desarrollar el catálogo de medidas de actualidad que dulcifican o agravan la exigencia de la responsabilidad civil.

El codificador conformó un modelo de responsabilidad civil que implicaba la reacción justa ante el incumplimiento de la obligación contraída con otro o del deber general de observar un comportamiento diligente o *civilliter* (cfr. art. 1104 CC), que se medirá con arreglo a una conducta ordinaria y que, en caso de una actuación profesional, requerirá analizarla según la *lex artis* o, de modo más preciso, ajustado a las circunstancias del tiempo y lugar, a la *lex artis ad hoc*. Pero también, además de preocuparle reparar el daño ocasionado con culpa (desde luego), se ocupó de impulsar la reparación del daño causado sin culpa. Se articuló un sistema basado en los siguientes principios: el principio de reparación integral, la función compensadora, el principio de culpa, el principio de responsabilidad patrimonial universal, el principio de no hacer daño a nadie –*naeminen laedere*–, que se recogen en los artículos 1911, 1101 y 1902 del CC. Y, sobre este orden, se asentaron las variables y excepciones que en este estudio nos ocupan.

En su compromiso con la justicia material y las soluciones de equilibrio, el articulado del Código Civil ya ofrece suficientes excepciones en favor de la responsabilidad limitada, en términos anteriormente destacados. De igual modo el legislador decimonónico avanzó en supuestos de excusa de la mora (es el supuesto del art. 1504 CC, dispuesto en favor del comprador de inmueble; y, de modo más generalizado, también se contempla al disponer el plazo de pago ofreciéndose un margen de flexibilidad en la legislación mercantil, estableciéndose en el art. 63 CCom. que las obligaciones mercantiles no sometidas a plazo serán exigibles a los diez días de contraídas, lo que, frente a una regla que preside en las obligaciones puras, de ser exigibles desde luego (art. 1113 CC), da fundamento a las tendencias que caminan en favor de la segunda oportunidad⁴ (Broseta Pont y Martínez Sanz, 2022, pp. 38-40).

También en el articulado del Código Civil se siguió la tendencia de relativización de la responsabilidad por culpa (art. 1103 CC) –medida, de partida con la diligencia ordinaria (art. 1104 CC)– e incluso de una superación de la culpa con muestras de la tendencia objetivadora (art. 1903 CC), haciendo responsables por actos ajenos (con base en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*) o por actos de terceros (en el arrendamiento de cosas –art. 1564 CC– y en el contrato de obra –art. 1596 CC– o en el usufructo con la solución dada en el art. 498 CC) o también por daños causados desde las cosas, que se corresponde con la llamada responsabilidad del guardián (art. 1905 CC, dentro de la regulación de la responsabilidad aquiliana –precepto que hoy requiere distinguir las cosas y los animales, a partir de la reforma operada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley hipotecaria y la Ley de enjuiciamiento civil, sobre el régimen jurídico de los animales–; y en otros preceptos como los arts. 389 y 390 CC, dentro del estatuto básico de la propiedad). Tendencia objetivadora que progresará presumiendo la culpa (en los citados arts. 1563 y 1769 CC).

⁴ Soluciones de permisividad de la mora que han contado con desarrollo en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad, incorporando la Directiva 2000/35/CE, luego sustituida por la Directiva 2011/7/UE, base de la Ley 11/2013, de 26 de julio, que fijó el plazo de 30 días.

Con estos referentes codificados podremos entender el sistema de la responsabilidad civil que, además de la culpa, que lo preside, pueda permitir soluciones que transiten desde el reproche culpabilístico, medido con la diligencia ordinaria, a la imputación por culpa levisima, siguiendo con la presunción de culpa, la objetivación de la culpa, hasta llegar a la responsabilidad por riesgo, en sus posibles distintas manifestaciones, como cuando no se exonera la responsabilidad a pesar de concurrir un caso fortuito (tal como se dispone en un conjunto de preceptos que se relacionarán en expositivo ulterior).

Ya en una temprana normativa descodificadora se aprecian soluciones particulares, como la responsabilidad por actos de tercero o cuasiobjetiva. En la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante, LPH), al poder imputar al dueño la responsabilidad por los daños que ocasiona el ocupante. Así, en el artículo 9.1 b) de la LPH se exige a los comuneros el deber de mantener en buen estado su propio piso, evitando perjuicio a la comunidad y resarciendo por los daños causados por su descuido o el de las personas por quienes deba responder. Precisamente en la ley reguladora de casas por pisos podremos seguir abundando para comentar preceptos que llegan incluso a imponer verdaderas sanciones con la posibilidad de privar del uso del inmueble.

Por tanto, siendo cierto que con los preceptos seleccionados tenemos las reglas principales configuradoras del sistema y afirmamos el principio de culpa, la función reparadora, la responsabilidad patrimonial universal, es también cierto que el Código asienta matizaciones y excepciones que, por demás, no son soluciones deshilvanadas sino disposiciones coherentes con los argumentos de justicia que laten en la ley. Es decir, una objetivación de la culpa y una aplicación de castigo para ganar ejemplaridad o equidad no será una novedad, sino una progresión de lo ya asentado.

De este modo podemos acoger con normalidad, sin clasificar como excepciones y sí como soluciones posibles, complementarias a la regla general en garantía de la demanda social y acomodo al supuesto de hecho, las siguientes medidas generales y sus matizaciones: la regla del *pacta sunt servanda* anudada a la cláusula *rebus sic stantibus*, el principio de culpa entrelazado a la teoría del riesgo, la exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor en armonía con casos de inexcusabilidad, la reparación patrimonial extendida desde el lucro cesante y el daño emergente a la valoración, con autonomía y preferencia, de un daño moral, y la función reparadora de la responsabilidad civil compatible con los casos de aplicación de los daños punitivos.

2. De la exoneración de la responsabilidad civil a la inexcusabilidad

Es una regla general la que permite la exoneración de la responsabilidad civil por caso fortuito o por fuerza mayor, sin embargo, son repetidas las situaciones donde tal causa de dispensa no se contempla y el principio de reparación a ultranza se mantiene y se sobre-

pone por encima de toda otra circunstancia. Podemos citar los artículos 457, 1488, 1744, 1745 y 1891 del CC, en los que se depura la responsabilidad sin excusas, preceptos reguladores de figuras tan distintas como la posesión de mala fe, la compraventa, el comodato y el cuasicontrato en la modalidad de negocios ajenos sin mandato.

Recordando por separado el contenido de los anteriores preceptos, podremos inmediatamente acoger y entender su hilo conductor y posibilitar su integración, ya que no son soluciones deshilvanadas sino coherentes en su razón. En esta selección de preceptos, además de comprobar que no opera la causa de exoneración, vemos que se asienta tal solución tanto en relaciones meramente crediticias como en situaciones de trascendencia real y que, de igual modo, se aplica ante el ilícito como también en caso de actos lícitos, como es un cuasicontrato. Esta aparente dispersión requiere el argumento de justicia e identidad de razón, que no es otro que el resultante del control causal, de preservar la justa contraprestación, compensando al que está en una posición más gravosa o sancionando al que ha operado con abuso, extralimitado o sin causa.

La causa, como elemento esencial del negocio jurídico (art. 1261 CC), que requiere servir a y cumplir con la finalidad práctico-social que le da razón a la situación jurídica creada para ser acogida en derecho, implica verificar la justicia en la base del contrato, de modo que permita la homologación del negocio por el Derecho. Sobre esta clarificación conceptual, cabe aplicar el referente causal en cada tipo de contrato y, en particular en este punto, apreciar cómo se agrava la exigencia de la responsabilidad civil cuando no cabe excusar el supuesto del caso fortuito.

Con el preciso control causal, cuando se regula el contrato de préstamo en su modalidad de comodato, se define en el artículo 1740 del CC con el carácter de esencialmente gratuito (por ello, cualquier exigencia de pago lo convertiría en un arrendamiento). Esta gratuidad en la causa explica que en el detalle del contenido obligacional el comodatario, ante tal gratuidad, debe cuidar la cosa, asumir los gastos ordinarios y devolverla en su tiempo. Es por ello que, en caso de retraso en la devolución o de comportamiento abusivo por parte de este comodatario, se le hace responsable de la pérdida o quebranto de la cosa prestada incluso cuando tal daño se deba a un caso fortuito que, en este caso, no opera como causa de exoneración. Entendemos la respuesta dada en los artículos 1744 y 1745 del CC, que acogen una manifestación de reequilibrio entre las partes, para compensar aquella liberalidad del comodante; y suponen para el comodatario una medida de castigo, resultando ser expresiones de los daños punitivos.

Otro supuesto, recogido entre los preceptos antes seleccionados en los que no opera la exoneración, es el relativo a la gestión de negocios ajenos sin mandato, disponiéndose que el gestor oficioso tendrá que responder cuando, en la extralimitación de su actuación, queda al descubierto y sin causa (por haberse superado el marco en el que operaba el negocio de base), por lo que se le hace responsable sin excusa aunque el daño se deba a un caso fortuito (cfr. art. 1891 CC).

También se ha citado el artículo 1488 del CC entre los preceptos que sancionan exigiendo responsabilidad en todo caso, sin excusa por el infortunio. El vendedor ha de responder devolviendo el precio que recibió en caso de la pérdida de la cosa que tenía vicios ocultos. Es cierto que, en esta regulación del contrato de compraventa, cuando se resuelve la cuestión de los riesgos, en el supuesto en que, por caso fortuito, tras la perfección del contrato, se pierde la cosa vendida, la doctrina confirma la postura de imputar la asunción riesgos al comprador (art. 1452 CC). Sin embargo, en este caso, poder confirmar la regla *res perit emptori* no será tanto como medida sancionadora o de inexcusabilidad ante el infortunio, más bien la postura se respalda en razón a un justo equilibrio derivado del control causal: si el comprador tiene derecho a los frutos ha de soportar la pérdida.

En este punto resulta oportuno recordar que, aunque en principio hay dificultades para encajar los daños punitivos en la tradición de las codificaciones y, en general, en nuestro ordenamiento (encontrando reparos tan rotundos como la posible quiebra de garantías constitucionales –en la tipificación, en la presunción de inocencia, etc.– y la reserva de la potestad sancionadora al Estado instrumentada con el derecho penal o con el ejercicio de la potestad sancionadora en la vía administrativa), es también cierto que, sin tener que incurrir en un enriquecimiento injusto, cabría considerar el anudar a un comportamiento ilícito o abusivo consecuencias desfavorables para su autor. Sería el caso de que lleguemos a proporcionar a quien sufrió el daño un resarcimiento superior al valor del mismo o que al infractor le apliquemos un castigo mayor que el valor del daño mismo (por ejemplo, vaciando de todo provecho económico al poseedor de mala fe, obligando al infractor de los derechos de autor a que pague los gastos de investigación del ilícito o la publicación de la sentencia o del laudo).

La doctrina más autorizada se manifiesta, de partida y en virtud de esa tradición citada, en contra de una aplicación de la figura de los daños punitivos (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, p. 46), desde la premisa de que las normas sobre responsabilidad civil no deben llegar más allá del alcance económico del daño producido; si bien este autor de referencia ya contempló calificar de sanción si la medida contemplaba consecuencias añadidas y desfavorables para el agente lesivo.

Desde el razonamiento anterior podemos avanzar y entender cómo la responsabilidad exigida al comodatario puede hacerse valer si se pierde la cosa, aunque se deba a un infortunio, tanto si la destinó a un uso distinto al que se prestó o la conservó por más tiempo del convenido. De igual modo responderá, y ahora por el valor de tasación, si la cosa se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito. Ciertamente, podemos hablar de un verdadero castigo o sanción (Marín Pérez, 1984, p. 59) aunque, en rigor, hay que distinguir uno y otro precepto (sin perder el argumento de que en ambos se pueda reconocer la fuerza de la causa, la gratuidad, como argumento para dispensar la sobreprotección a favor del acreedor) con base en que en el artículo 1744 del CC hay un reproche culpabilístico al mal uso al contravenir el contrato; mientras que en el artículo 1745 del CC hay un pacto inicial, con traducción del valor de la cosa en precio, que permite entender que se traspasaban los riesgos al comodatario.

Confirmamos la acogida de esta doctrina en nuestro derecho y, con ello, la conformación del sistema de la responsabilidad civil que se extiende más allá de la reparación para incluir una función sancionadora. Se explica con tal determinación una superación del principio de culpa y la fuerza del argumento de justicia material basado en el control causal por el que se normaliza esta medida de agravamiento de la responsabilidad o de reparación a ultranza.

Abundando en supuestos de inexcusabilidad, merecen destacarse los artículos 455 y 457 del CC. En el primero se determina vaciar de contenido económico la tenencia del mal llamado poseedor de mala fe (que, en puridad, no es tal poseedor si no percibe beneficio patrimonial alguno, que sería lo propio de toda titularidad patrimonial y, por tanto, real). Este tenedor, si es vencido en su posición, ha de restituir todos los frutos y todo lo que el legítimo poseedor podría haber obtenido. Ciertamente, a pesar de que en alguna opinión se sostiene que no hay castigo, no podemos entender tal despatrimonialización sino como una verdadera sanción. Se priva de todo provecho (sin perjuicio de acoger la posibilidad de que, por razón de seguridad jurídica, tal detención pueda por el paso de tiempo, aunque sea por la vía extraordinaria consolidar la usucapión). Sobre ese duro tratamiento se añade lo dispuesto en el artículo 457 del CC, que refuerza esta represión del beneficio obtenido por medio ilícito con la inexcusabilidad de la responsabilidad aunque el daño traiga causa en la fuerza mayor.

En todo caso, los llamados *punitives damages*, para su consideración deben encontrar respaldo en una norma que lo disponga o aplicarse cuando se busque ir contra una conducta especialmente grave, así como también en el caso en que el autor del daño ha entendido ventajoso o rentable actuar de ese modo o contravenir el derecho. Desde luego, algo fracasa en el sistema cuando a pesar de imponerse sanciones históricas se insiste por los infractores en contravenir el derecho, porque siga siendo rentable tal conducta; en particular lo apreciamos hoy en materia de tratamiento de datos personales o de abuso, desde las concentraciones económicas, en la posición dominante restrictiva de la competencia.

Asistimos, incluso con cierta rutina o pasividad, a multas repetidas que, en sus cuantías, baten récords históricos. Es el caso en el que el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE)⁵, el 14 de septiembre de 2022, condenó a Google a la mayor multa impuesta por la Unión Europea (en adelante UE o Unión): 4.125 millones de euros. A través de una sentencia impuesta por el TGUE se condenó por imponer restricciones a los fabricantes de dispositivos móviles que buscaban aumentar y proteger la posición de dominio de Google en el ámbito de servicios de búsqueda en general.

⁵ Multa histórica a Google: [la Justicia europea confirma una sanción de 4.125 millones de euros \(antena3.com\)](https://www.antenatv.es/actualidad/justicia-europea-confirma-sancion-google) y [La Justicia europea confirma la multa a Google \(rtve.es\)](https://www.rtve.es/noticias/2022/09/14/justicia-europea-confirma-la-multa-a-google/). El TGUE, el 14 de septiembre de 2022, condenó a Google a la mayor multa impuesta por la Unión Europea: 4.125 millones de euros, por imponer restricciones a los fabricantes de dispositivos móviles para aumentar y proteger la posición de dominio de Google en el ámbito de servicios de búsqueda en general.

En este orden de cosas, citando otros que ejemplifican la necesaria sanción y la insistente burla al derecho, referimos la condena a Meta, la empresa propietaria de *apps* como Facebook, Instagram o WhatsApp, que se ha tenido que enfrentar a lo que es la mayor multa en la historia de la UE por el incumplimiento del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), y por el cual la compañía propiedad de Mark Zuckerberg tendrá que abonar alrededor de 1.200 millones de euros, además de la orden de dejar de transferir los datos de usuarios europeos a los centros de datos en los Estados Unidos⁶.

En España, por la AEPD, se han publicado repetidas sanciones en cuantías llamativas: la AEPD imponía a Facebook una sanción de 1.200.000 euros tras constatar dos infracciones graves y una muy grave. Entre otras muchas vulneraciones, una era el tratamiento de datos, incluso los especialmente protegidos, con fines de publicidad sin recabar el consentimiento y sin cancelar totalmente la información de los usuarios cuando ya no es útil para el fin para el que se recogió. (Son datos extraídos de la Memoria de la AEPD 2022)⁷.

De todas formas, estos asuntos referidos merecen una explicación añadida en cuanto que, por una parte, pueden parecer ejemplares, y es cierto que imponen sanciones muy cuantiosas, pero, si en su parte positiva están exponiendo lo oportuno, que es reforzar la tutela civil (y en su caso la penal) con una tutela y sanción administrativa, en su parte negativa están poniendo de manifiesto dos patologías o disfuncionalidades: que a los sancionados (repetida y ejemplarmente) les sigue rentando actuar contra el derecho y que, quizá con esa tutela administrativa, en lugar de reforzar la responsabilidad civil ese está limitando esta, ya que la sanción no repara a la persona física violentada.

De conformidad con los supuestos que darían cabida a la aplicación de tal medida de castigo, se explica la acogida en normas reguladoras de relaciones entre particulares de

⁶ <https://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/12285863/05/23/multa-historica-de-1200-millones-a-facebook-por-violar-la-politica-de-proteccion-de-datos-de-la-ue>

⁷ Sirva de referente el contenido de la tabla 21 de la Memoria de la Agencia de Protección de Datos, relativo a las multas superiores al millón de euros, presentada el 25 de abril de 2023. [memoria-aepd-2022.pdf](#)

Tabla 21: Multas superiores al millón de euros

Responsable	Infracción	Multa
CAIXABANK, S.A.	Artículo 6.1 del RGPD	2.100.000 €
	Artículo 7 del RGPD	
AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN, S.L.	Artículo 6.1 del RGPD	2.000.000 €
	Artículo 10 del RGPD	
GOOGLE LLC	Artículo 6.1 del RGPD	10.000.000 €
	Artículo 17 del RGPD	

un intervencionismo necesario para reforzar la protección del mercado y de los usuarios, ofreciéndose la tutela administrativa. Entenderemos entonces que, en la propia normativa civil y con el accionamiento contra el infractor, se encuentre una regulación administrativa (conformando leyes mixtas civiles y administrativas –la general de protección de los consumidores y usuarios, la reguladora de las condiciones generales de contratación, la ordenadora del comercio electrónico, entre otras–). Se añade la vía administrativa a la tutela civil, como refuerzo y garantía de la reparación, castigando la actuación arbitraria o abusiva para frenar los casos en los que al infractor le rente contravenir el derecho. Esta realidad normativa encaja en una evolución del ordenamiento en el que, con fines proteccionistas, la Administración asume un papel sancionador (propio de su reservado *ius puniendi* por la vía administrativa) y se van sucediendo las leyes en las que, regulando relaciones de particulares, el derecho privado se completa y nutre de ese intervencionismo así justificado. En todo caso, en lo que nos ocupa, preocupados por contemplar referentes suficientes y de larga tradición que resuelvan sancionando, donde vamos a seguir insistiendo es en la normalización de la medida sancionadora en la vía civil y desde el articulado del Código Civil.

En el plano puramente civil y comprometidos como estamos con la localización de los referentes codificados, en esta cuestión de la no exoneración cabe referir el artículo 1891 del CC relativo al cuasi contrato, en la modalidad de gestión de negocios ajenos sin mandato. No olvidamos que se trata de un acto lícito por definición (art. 1887 CC) y que, por tanto, el reproche al gestor oficioso se endurece por otras consideraciones distintas a la valoración de un ilícito o a la culpa. Se trata de un supuesto especial en el que, precisamente por partir de un acto lícito, lo que erige en responsable en todo caso al gestor es su actuación sin cobertura causal. Todavía no estaríamos hablando de un abuso de derecho (que es otro referente que abordaremos para seguir exigiendo, desde un acto legítimo, una responsabilidad), pero sí del lógico agravamiento de la responsabilidad por operar el gestor con extralimitación respecto al negocio causal (hasta incurrir en la falta de cobertura), sumergiéndose en un escenario arriesgado, especulativo, atendiendo a su interés, por encima del interés del dueño del negocio.

Cabe completar el catálogo seleccionado de preceptos, donde el codificador agrava la exigencia de la responsabilidad civil con sanción o no excusando la responsabilidad en los artículos 1488 y 457 del CC. En el primer supuesto, regulando la compraventa, ya tiene ocasión el legislador de introducir medidas de control causal, de justa contraprestación (por ejemplo, en la teoría de los riesgos anteriormente citada, se confirma la regla *res perit emptori* en tanto es el comprador el que aprovecha los frutos y, por ende, justo es que soporte la pérdida –art. 1452 CC–, si bien tal carga no se impone como sanción). También, en la compraventa se disponen medidas que dulcifican el rigor del contenido obligacional, concediendo mora al comprador de inmuebles (art. 1504 CC). Es en el artículo 1488 del CC donde sí se consagra el supuesto en el que el comprador puede reclamar al vendedor el precio que pagó cuando la cosa vendida se pierde teniendo algún vicio oculto, incluso si la pérdida se produjo por caso fortuito. Razones de equidad evitan que se aproveche el vendedor (García Cantero, 1980, p. 355).

En el segundo, ya antes referido desde el comentario de su precedente artículo 455 del CC, el artículo 457 del CC destaca porque, frente a un aparente reconocimiento de una clase de posesión o situación jurídica de trascendencia real, como podría entenderse la posesión de mala fe, no hay tal derecho en tanto el detentador, caso de ser vencido en esa tenencia indebida, sufrirá el vaciamiento de todo provecho económico, por lo que deja de ser un derecho patrimonial que, por definición, implica renta o provecho económico. A este mismo, mal llamado poseedor, detentador material, le sancionamos con la exigencia de responsabilidad incluso cuando el quebranto traiga causa en la fuerza mayor.

De todas formas, a este detentador material, sin titularidad patrimonial alguna, lo que sí se le reconoce es el derecho a ser compensado de los gastos necesarios (arts. 453 y 455 CC, para evitar un enriquecimiento injusto que pueda indebidamente aprovechar el legítimo poseedor que vence en la posesión) y a poder caminar, con el paso del tiempo, a una consolidación de dominio, por la vía de la usucapión extraordinaria (arts. 1955 y 1959 CC).

Sin agotar los supuestos, pero comprobando su frecuencia en nuestro Código Civil y en distintas figuras e instituciones, también vemos medidas de verdadera sanción cuando por un mal uso o abuso (art. 520 CC) en la regulación del usufructo se priva al usufructuario de la posesión y se le impone soportar los gastos de administración que asuma el nudo propietario. Y, en esta regulación del usufructo, no puede dejar de citarse el artículo 512 del CC que, en todo caso, impone al usufructuario los gastos originados por las costas procesales.

3. Otros supuestos de daños punitivos

Si en el anterior punto la inaplicabilidad de la causa de exoneración por caso fortuito ha permitido dar entrada en nuestro sistema a los daños punitivos, podemos abundar en esta línea y seguir encontrando soluciones, desde los referentes sólidos del Código Civil, exigiendo la responsabilidad civil con agravamiento y castigo. En este punto seleccionamos unos preceptos recogidos en la legislación especial. Citamos los artículos 7 y 21 de la LPH. Aunque también podemos reconocer más preceptos que permiten seguir hablando de sanción al infractor.

Siguiendo el orden citado comentamos primeramente los preceptos de la LPH, aunque en puridad habría que centrarse en el artículo 21 de la LPH, ya que lo dispuesto en el artículo 7 de la LPH encajaría mejor en el expositivo siguiente, en el punto que dedicaremos a las medidas frente al abuso de derecho. La norma contenida en el artículo 21 de la LPH tiene especial significación por el modo de exponerse y por su frecuente invocación en la práctica jurídica, dada la litigiosidad que presenta vivir en comunidad y la bolsa poblacional que reside sujeta a este régimen legal. Además, la reforma del 2022 confirma una línea seguida por el legislador de endurecimiento y sanción, al privar al vecino moroso del disfrute de las instalaciones comunes, reafirmando la solución, en este artículo 21 de la LPH, que ya venía dada en el artículo 7 de la LPH, donde se determinó la posibilidad de privar al comunero del uso de su vivienda.

Según el tenor del artículo 21 de la LPH, «la junta de propietarios podrá acordar medidas disuasorias frente a la morosidad [...], tales como el establecimiento de intereses superiores al interés legal o la privación temporal del uso de servicios o instalaciones, siempre que no puedan reputarse abusivas o desproporcionadas». De este precepto se deduce la posibilidad de añadir una sanción en la reclamación al moroso, consistente en un recargo de intereses sobre el principal y, de modo más traumático, instar la privación de uso. La medida es justa por varias razones: una, porque la propia norma ya incluye la posible privación del uso y, al tiempo, el legislador la blindó descartando que se trate de una medida desproporcionada o abusiva. Otra razón que avala esta solución está en que las comunidades de propietarios precisan, para su mantenimiento, una solvencia patrimonial; y con esta rotunda solución se disuade frente al impago, impidiendo al comunero una facultad propia del contenido esencial de su derecho (de gozar y disponer, del art. 348 CC –recordemos que hablar de contenido esencial es relevante, tal como el art. 53 CE recoge, para no desnaturalizar una figura–). Esta privación de uso sí que implica un verdadero castigo por esa limitación en el haz de facultades principales, donde se incluye la posesión y el goce directo; también porque, junto a la restricción que sufre el comunero moroso, se da un mayor provecho a favor del resto de los vecinos a los que acrece, temporalmente, el provecho y disfrute.

Otros supuestos de daños punitivos que podemos seguir enumerando en el panorama normativo son los recogidos en la legislación reguladora de la propiedad intelectual e industrial, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, TRLPI), y la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes (en adelante, LP). En estas dos normas comprobamos el endurecimiento de la responsabilidad en tanto se contempla incluir a cargo del infractor conceptos indemnizables como los gastos de publicación de la sentencia o del laudo (art. 138 TRLPI y art. 71.1.f LP), que se sumarían, a mayor reproche, a lo que representa el hecho mismo de esta publicidad en cuanto provocará el descrédito comercial del infractor. También se incluyen en la indemnización los gastos de investigación (cfr. art. 140.1 TRLPI y art. 74 LP), los costes de retirada del mercado de los instrumentos o dispositivos utilizados para divulgar la obra del autor sin consentimiento de este (cfr. art. 139.d y f TRLPI) y la intervención y el depósito de los ingresos obtenidos o vaciamiento de provecho económico (art. 141.1 TRLPI).

4. El *ius retentionis* como instrumento de garantía de la reparación justa

El codificador contempló esta figura del *ius retentionis* repetidamente tanto en el derecho de cosas como en el derecho de contratos. Vemos cómo se acoge esta medida en el contenido de ciertos derechos reales (arts. 502, 522, 453 y 1866 CC) y en el propio de ciertos derechos de crédito (concretamente en los arts. 1600, 1730, 1780 CC y, aunque no expresamente y sí por remisión, en el art. 1573 CC).

Comentando estos preceptos destacamos, en primer lugar, lo extraordinario que resulta hacer nacer un derecho real desde una titularidad crediticia (así, en favor del arrendatario de cosas, del arrendatario de obra, del mandatario y del depositario) sin que, a pesar del tenor literal («derecho a retenerla en prenda» dice, por ejemplo, el art. 1600 CC), debamos hablar de un derecho real de prenda, ya que no hay reconocimiento de la facultad de realización (que es esencial en los contratos de prenda e hipoteca –art. 1858 CC–). Lo que sí podemos interpretar es que se crea una situación posesoria que, al no ser en concepto de dueño, por exclusión nos lleva a hablar de una posesión natural (art. 430 CC).

Se trata de supuestos de retención o posesión que, en principio, no es propia de la titularidad crediticia que le da base, ya que esta quedó extinguida, concediéndose el *ius retentionis* para la fase ulterior de liquidación. Por tanto, se concede para un momento posterior a la existencia de la relación jurídica primera donde se daba aquella titularidad crediticia (aunque aquí latía la causa de la garantía ofrecida, la razón y necesidad de ofrecer una sobretutela a la parte débil o que más gravamen soporta). Lo que, en todo caso, sí cabe defender es su carácter o trascendencia real, no solo por la literalidad («retener en prenda», dicen los arts. 1730 y 1780 CC), sino también porque en la regulación de la posesión se da amparo a toda tenencia de trascendencia real en el artículo 436 del CC –también para la posesión natural del artículo 430 CC–.

En estos escenarios contractuales, de arrendamiento, de mandato y de depósito, apreciamos la lógica de dotar a la parte contratante, que ha soportado una mayor onerosidad o que ocupa una posición de parte débil, con una garantía de reembolso para evitar que sufra mayor empobrecimiento (lo que también explica que, por el contrario, al regular el comodato, que es esencialmente gratuito, se prohíba el *ius retentionis* –art. 1747 CC–). El *ius retentionis* opera como una herramienta de reequilibrio desde el referente de la causa negocial y en evitación de mayor onerosidad (Torre Olid, 2017, p. 60) para la parte que ya soporta mayor carga o posición inferior.

En la relación de preceptos acotada en este punto cabe destacar, a propósito de la regulación de la liquidación del estado posesorio en los artículos 453 y siguientes del CC (además del comentario anteriormente hecho para negar titularidad real en el llamado poseedor de mala fe), ahora procede entender la sobretutela que merece el poseedor de buena fe, a cuyo favor se establece el *ius retentionis* (art. 453 CC).

También, entre los derechos reales, el usufructo se ordena con la concesión de la garantía que tratamos (arts. 502 y 522 CC) cuando el usufructuario asuma a su costa reparaciones extraordinarias que son de cargo del nudo propietario y, en general, para aseguramiento de los reintegros que correspondan al usufructuario o a sus herederos. Por demás, en esta materia de los derechos reales, merece particular reseña el artículo 1866 del CC. En este precepto, además de completar nuestra relación de supuestos, lo que destaca es el ofrecimiento al titular del derecho real, al acreedor pignoraticio, de una garantía real añadida para asegurar el cobro de un crédito ordinario. Tal garantía no precisa estar pactada, ya que la

norma le da directamente esa trascendencia real. Con ello se articula una especial tutela, no solo por repetirse el favor del *ius retentionis*, sino por desplegar este en la garantía real de un segundo crédito que no nació especialmente garantizado.

5. El abuso de derecho como referente para el control causal

Desde el título preliminar del Código Civil, en el artículo 7, tenemos un precepto general y de indudable valor por su rotunda proscripción del abuso de derecho y la consecuencia que prescribe para el mismo: la nulidad radical. En el orden procesal también se reprocha esa conducta abusiva (cfr. art. 11 LOPJ), lo que no es un dato menor, ya que en nuestro país se sostiene cierta tradición y carácter tendentes a la litigiosidad (quizá también en correspondencia con una cierta dificultad para generalizar instrumentos de solución extrajudicial de conflictos en los que siempre cabrá destacar su utilidad de cara a desplegar una justicia accesible y sin dilaciones). Con carácter particular esa repulsa al abuso de derecho se repite en distintos preceptos, como podemos encontrar en el artículo 520 del CC relativo al usufructo, ante el supuesto en que el usufructuario incurra en abuso o haga un mal uso de la cosa usufructuada, lo que se sanciona con la pérdida de la posesión de la cosa (además de tener que soportar los costes de la administración que tiene que asumir el propietario).

Es oportuno aclarar que, a diferencia de supuestos anteriormente contemplados, de ilícitos que puede cometer un comodatario (convenientemente previsto y sancionado en los arts. 1744 y 1745 CC); o de poder estar ante un acto lícito pero carente de cobertura en el caso del gestor oficioso (bien resuelto castigando la extralimitación con la exigencia de responsabilidad en todo caso –art. 1891 CC–); en este punto partimos de un ejercicio de derecho, lo que ocurre es que el legislador no se limita a reconocerlo, sino que velará para que el desenvolvimiento de este se produzca en sus justos términos, para que no se incurra en exceso o abuso.

En efecto, aquel derecho subjetivo, digno de tutela jurídica por contener un interés jurídicamente relevante, puede devenir a un estado indigno, en el que no merecería la protección jurídica por incurrir su titular en abuso o por unas circunstancias que haya provocado la calificación de la abusividad sobrevenida, en caso de darse una desproporción o grave onerosidad contra una parte contratante. En este sentido es conveniente distinguir una buena fe subjetiva y una buena fe objetiva, para poder encuadrar la abusividad en un ejercicio arbitrario, lesivo del derecho propio, y para apreciar objetivamente una variación de las circunstancias. Valoraremos la buena fe o su quiebra tanto en el momento de nacer el contrato como *a posteriori*, verificando que se respondió a las exigencias de claridad, concreción, transparencia, legibilidad y comprensibilidad de las cláusulas en la información contractual o, cuando sea exigible, en la fase precontractual; o pudiendo comprobar y calificar tal oscuridad o falta de transparencia en la ejecución del contrato (por ejemplo, no acusando recibo del contrato, no entregando copia del mismo, dificultando un derecho de

desistimiento, no cumpliendo la garantía del producto u obstaculizando una manifestación de disconformidad con los estándares de calidad). De igual modo, la abusividad podrá calificarse en la fase de ejecución cuando se compruebe que se ha producido una situación injusta con grave desproporción («un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derive del contrato», según refiere el art. 82 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias [en adelante, TRLGDCU] o la quiebra del «justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes», que refiere el art. 80 del mismo texto legal).

El control causal es necesario para velar por la demanda social, el interés general, el derecho de otro o la justicia del contrato. No debemos olvidar que la causa no solo se presenta como requisito esencial de nacimiento de negocio jurídico (art. 1261 CC), también es un referente para comprobar la mayor o menor eficacia del negocio (Castro y Bravo, 1985, p. 258). Según esta razón se hace precisa la labor de seguimiento, de homologación del negocio jurídico en su desenvolvimiento, verificando su correspondencia con la causa que le da fundamento (por ejemplo, por no dar el resultado previsto, porque este se haya frustrado o porque se quiebre el *quid pro quo*).

No podemos dejar de apreciar que la abusividad y quiebra del contenido obligacional puede presentarse con posterioridad o en desenvolvimiento de la relación jurídica, por ejemplo, en una relación de vecindad en la que, en cada caso, habrá que valorar si la actividad es molesta o incómoda. Por ello, anteriormente se han diferenciado los artículos 7 y 21 de la LPH, cuando hablando de la sanción (de la aplicación de los daños punitivos) se consideraba que el artículo 7 de la LPH encajaría mejor en la explicación de la reacción al abuso de derecho (mientras que el art. 21 LPH prescribía el castigo de la privación del uso en razón a un impago de cuotas). En el artículo 7 de la LPH, dentro del régimen de la propiedad de casas por pisos, el legislador asume que la convivencia es complicada por la dificultad de desarrollar las relaciones de vecindad en un espacio limitado o constreñido. En caso de incurrir en actividad clasificada, molesta, incómoda, insalubre, nociva o peligrosa, mientras que el derecho administrativo sujeta, posibilitando la actividad, a un cuadro de medidas correctoras, en el derecho civil de la propiedad horizontal se va a poder considerar abuso de derecho y, por tanto, se va a rechazar tal actividad. En caso de incurrir en la misma se contempla la sanción, consistente en perder la posesión temporal de la vivienda.

A propósito del artículo 7 de la LPH y para completar el razonamiento de cuando hay abuso, hay que diferenciar tolerancia, límites, limitaciones y abuso de derecho. Con la tolerancia no hay intromisión, sino permisividad lógica de un acto de tercero que es inocuo, no provoca daño y se debe acoger en el compromiso social que marca la propiedad. Un paso más requiere contraponer las limitaciones a los límites, ya que estos, suponiendo una derogación de contenido normal del derecho, implican redefinir ese contenido esencial, por lo que su imposición, la restricción que suponen, no es indemnizable; mientras que las limitaciones son generalmente indemnizables –caso se las servidumbres prediales–, pero no

cuando marcan las relaciones de vecindad, donde la sencilla limitación pasa a ser reproche por abuso cuando incurre en la conducta prohibida en el artículo 7 de la LPH, donde se castiga con la sanción establecida por la Ley de 1960, validada por la STC 301/1993, de 21 de octubre, tal como afirma y fundamenta la doctrina autorizada (Díez Picazo y Ponce de León, 2001, p. 215)

Para el seguimiento y comprobación de validez de la situación jurídica, de conformidad con la causa, se pueden atender y enumerar distintos argumentos de justicia, siguiendo la relación doctrinal (Martín Bernal, 1982, pp. 35-36): el principio de que en el ejercicio de un derecho no se debe perjudicar a otro, que quien goza de los frutos de una empresa debe soportar los daños y la obligación general de comportarse correctamente con los vecinos. Sobre tales reglas entendemos el referente constitucional como definitivo para normalizar este control del ejercicio del derecho, ya que son repetidos los mandatos constitucionales que inspiran el deber de respetar el contenido esencial del derecho o rendir en favor del interés general y la función social (cfr. arts. 33, 53 y 128 CE). En este sentido, es exigente el referente constitucional para buscar una reparación integral y para proscribir y perseguir toda actuación antisocial.

No deben ser nuestros tiempos donde se repita una frustración de la víctima o de la sociedad cuando el derecho no persigue o no repara completamente un daño, cuanto más cuando hay cierta tradición, acusada en economías como la nuestra, donde se mantiene, junto al tráfico legal, un mercado clandestino. Por todo ello se acoge con satisfacción todo despliegue de recursos que garantizan la exigencia de la responsabilidad civil y que, en este estudio, abordamos seleccionando recursos y dando fundamento y máxima significación a las medidas tendentes a esta depuración de responsabilidades. Sirva, en este sentido, el ejemplo del artículo 140.2 a) del TRLPI, que, acertadamente, ofrece al perjudicado poder elegir para fijar su indemnización la pérdida de beneficios que haya sufrido y los beneficios que el infractor haya obtenido con la actuación ilícita (beneficios intervenidos y consignados en garantía –art. 141.1 TRLPI–).

Es clarificador y avanzado el pronunciamiento del legislador en el TRLGDCU y en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC). Concretamente el tenor del artículo 82 del TRLGDCU y el preámbulo de la LCGC nos ofrecen el concepto en términos claros al disponer que

se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Y se completa el precepto declarando nulas, en todo caso, las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad donde se impongan al consumidor y usuario medidas desproporcionadas o le atribuyan indebidamente la carga de la prueba o resulten desproporcionadas en

relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato. Este artículo 82 es continuidad del artículo 80 del mismo texto legal que, al fijar los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, exige concreción, claridad, sencillez, comprensibilidad, accesibilidad y legibilidad, al tiempo que añade las notas de la buena fe y el justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes.

El seguimiento de la vida del contrato y, en general, de desenvolvimiento del derecho subjetivo para evitar la abusividad en origen o sobrevenida, explica también el control causal que, respecto a las cláusulas tipo, se realiza por el registrador en el antes de inscribir las condiciones generales de contratación o cuando emite dictamen para confirmar su justicia y aplicación (cfr. art. 13 LCGC sobre sometimiento a dictamen). En este seguimiento del contrato para comprobar si acontece ese desequilibrio entre partes que permita hablar objetivamente de desproporción, encontramos la solución que ofrece el TRLPI al articular la acción de revisión por remuneración no equitativa (art. 47 TRLPI) y que se comentará en expositivos ulteriores.

6. La tutela del daño moral para la mayor exigencia de la responsabilidad civil

El marco constitucional, el compromiso iusnaturalista del legislador y la proclamación de la dignidad como basamento de un catálogo amplio de derechos fundamentales, es aval de peso para que, al exigir y depurar la responsabilidad, se dé preferencia (por ser relativo a los pilares del ordenamiento) y se dé autonomía (con independencia de que haya quebranto en el orden patrimonial) al daño moral.

Precisamente, cuando antes se ha reconocido la dificultad para dar entrada a los daños punitivos, la doctrina que veía los reparos, al tiempo también reconoció que desarrollando la regulación de unos derechos fundamentales, como son los reconocidos en el artículo 18 de la Constitución española, en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se podía encontrar una manifestación de la sanción en la vía civil en el artículo 9.3. En este precepto, se dispone que

la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Extiende, en todo caso, la indemnización al daño moral y sienta bases para su cálculo en función a la difusión, disuadiendo el ilícito al calcular la reparación en función de la ganancia.

Estos referentes de hoy no son sino una expresión de lo que, con el articulado del Código Civil, ya se tenía logrado, interpretando y aplicando con toda su virtualidad el artículo 1902 del CC. La valoración del daño moral nos lleva a recordar la STS 142/1912, de 6 de diciembre de 1912⁸ y, como segundo hito, en el marco constitucional y al amparo de la Ley orgánica 1/1982, la sentencia de la agonía del torero, STC 231/1988, de 2 de diciembre.

La exigencia de la responsabilidad civil por daño moral también encuentra un refuerzo cuando se hace valer por quebranto de los derechos de la personalidad, sin necesidad de estar a un resultado lesivo y verificar la dimensión del daño, basta conculcar la dignidad de la persona (pensemos, por ejemplo, en la regulación ofrecida por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que considera mala praxis médica la falta de obtención del consentimiento informado, abstracción hecha de si esa omisión ocasionó grave daño moral o si la intervención médica, en su punto de vista técnico, se ajustó o no a la *lex artis*).

Debe preocuparnos la garantía de los derechos fundamentales, en particular los más expuestos en un escenario de transformación digital, como son el honor, la intimidad, la imagen y la libertad de expresión (arts. 18 y 20 CE). Esta consideración, reconociendo la relevancia jurídica, el más alto rango y la tutela autónoma, nos permite entender las disposiciones contenidas en el TRLPI y en la LP; concretamente en el artículo 140.2 del TRLPI se dice que en el caso de daño moral se indemnizará aun no probada la existencia de perjuicio económico, y en igual sentido se pronuncia el artículo 74.2 de la LP.

De igual modo, se comprenderá que la reparación por este quebranto de la dignidad de la persona sobre tal relevancia jurídica que se deba indemnizar, sin necesidad de hablar de punición, en cuantía acorde a tal consideración superior; y que, desde la preservación necesaria de la dimensión moral, se llegue a condicionar el funcionamiento del mercado (por ejemplo, condicionando el tráfico de la obra si el autor decide la retirada del mercado o atribuyendo a ese mismo autor un derecho de adquisición preferente sobre el ejemplar único o raro –tal como reconoce el art. 14 TRLPI–).

En todo caso, ganar sensibilidad con la tutela de la dimensión propia de la dignidad humana implica seguir dando contenido a los derechos fundamentales. En este sentido ya supuso un avance reconocer un derecho al descanso como propio del derecho a la intimidad, y con base en tal consideración recayeron sendas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Haciéndose eco de esos pronunciamientos el Tribunal Constitucional afirma lo siguiente: habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra dere-

⁸ La jurisprudencia acogió esta tutela de la dimensión moral de la personalidad en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, al amparo del artículo 1902 del CC. La STS de 6 de diciembre de 1912 (Colección Legislativa, Jurisprudencia Civil, núm. 95) vino a reconocer la indemnización del daño moral. Admitiendo por primera vez la indemnización del derecho al honor de una joven a la que en una publicación periodística, en el diario *El Liberal* de Murcia, le atribuyeron la relación con un fraile.

chos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6.º), se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se refleja en las sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powell y Rayner contra Reino Unido; de 9 de diciembre de 1994, en el caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia.

En efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, su daño sobre la salud de las personas y sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas), tal como recoge la STS 119/2001, de 24 de mayo. En todo caso, debemos aclarar que no es tanto que el ruido sea un factor nuclear, sino que se trae a colación para ejemplificar cómo en nuestro derecho hubo que atender a una sensibilidad y doctrina supranacional y cómo se rellena de contenido una dignidad humana cuyo reto, en el proceso de transformación digital y preservación medioambiental, es ganar presencia y proyección, mereciendo, en toda esa sobredimensión, la mayor tutela desde el referente y mandato constitucional. Lo relativo a la dignidad de la persona debe ganar recorrido para su mayor contenido, preservación e indemnización en todo caso y con la mayor cuantía.

7. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

Alterar el principio *pacta sunt servanda*, de partida, sería impensable en tanto, en el mismo, hemos fundamentado toda la fuerza de la autonomía privada. No en vano la *lex privata* se considera la expresión de la libertad individual (conforme al art. 1255 CC), el motor del derecho civil, la confianza del sistema en la voluntad negocial para obligar en derecho (cfr. arts. 1089 y 1091 CC) y el respeto a un margen inquebrantable de libertad que expresa el protagonismo de la persona y de la sociedad civil en general para constituir, modificar, regular y, en suma, decidir sumergirse en las distintas situaciones jurídicas asumiendo las consecuencias.

Sin embargo, es la teoría misma del negocio jurídico la que recoge en sus elementos esenciales, complementando la voluntad negocial y su proyección sobre un objeto, la causa y, con ella, la necesidad de homologar en derecho la razón de toda situación jurídica en tanto responda a su finalidad práctica social. Precisamente el protagonismo y confianza de la voluntad negocial, al tiempo de explicar la progresiva atenuación de los requisitos formales (en su versión *ad solemnitatem*, ya que como exigencias *ad probationem* o forma de valer sí se recupera para dar fehaciencia al contrato y para permitir su desenvolvimiento y ejercicio de derechos ejercitables, incluso, tras su extinción, en fase de liquidación, de garantía, de revisión...), aumenta y explica el control jurídico del contenido y de la finalidad de los pactos (Clavería Gonsalbez, 1993, p. 923), que es expresión del control causal.

Queda justificado que la causa no solo se acoge como elemento esencial de nacimiento del negocio jurídico, sino que requiere su seguimiento para verificar la veracidad y moralidad, permitiendo comprobar que las contraprestaciones muestren equivalencia o justa contraprestación. Es en ese análisis de desarrollo donde cabe considerar si concurren los requisitos que permiten aplicar la cláusula *rebus*: la absoluta imprevisibilidad de la alteración grave de las circunstancias, la desproporción en las prestaciones y la extraordinaria onerosidad sobrevenida para una de las partes contratantes. Si bien el Alto Tribunal, desde el rigor de estos requisitos, ha apostado por la normalización de la figura que

tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación comercial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada

(STS 591/2014, de 15 de octubre [NormaCEF NCJ058985], que confirma la doctrina fijada sobre la caracterización y régimen jurídico de la cláusula *rebus* en la STS 333/2014, de 30 de junio de 2014 [NormaCEF NCJ058627]).

A fin de conocer los razonamientos, adentrándonos en el cuerpo de la sentencia, donde se debate el retraso en el pago en una compraventa, según motiva el Alto Tribunal en la STS 333/2014 (NormaCEF NCJ058627), se entiende que la legitimidad para pedir la resolución tiene que corresponderse con una frustración grave de la legítima expectativa de la parte que insta aquella como perjudicada, no porque le ampare una mera reclamación por mora ni le quepa un abuso en quebrar la pervivencia del negocio, sino que, de verdad, el incumplimiento del plazo sea incumplimiento definitivo del contrato. Si no hay tal relevancia de incumplimiento grave que quiebre esencialmente el contrato en su frustración causal, se estaría en un abuso de derecho, al accionar o en considerar tal accionamiento como expresión de un desistimiento unilateral e ilegítimo.

Esta cláusula, que se enuncia como *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus*, esto es, mientras la cosa siga como era y no surja algo nuevo, podremos concluir que, frente a cierta ligereza en decir que no está reconocida como tal legalmente, que su elaboración es jurisprudencial, realmente está asentada en el principio codificado de la equidad, que tantas manifestaciones inspira y fundamenta; en la teoría misma del negocio jurídico y en el correspondiente control causal del desenvolvimiento práctico de la situación jurídica (siendo por ello lógico que su valoración se dé en contratos de tracto sucesivo o de larga duración)⁹.

⁹ Tal como se razona en la STS de 6 de marzo de 2020, RJ 2020,879 (NormaCEF NCJ064722), la posibilidad de aplicarse a contratos de corta duración no es aceptada, teniendo en cuenta «que difícilmente

8. Otras medidas de control causal, justicia material y exigencia de la responsabilidad

8.1. La inversión de la carga de la prueba, frente al *incumbit probatio qui dixit*

Colocar en el demandado la carga de la prueba de su posible exoneración de responsabilidad o de acreditar que observó la diligencia debida es norma general en las relaciones de consumo (arts. 60.5 y 147 TRLGDCU). Concretamente, en esta materia de consumo, destacamos un primer precepto que impone al empresario la carga de la prueba de haber cumplido el deber de informar, lo que es coherente con la preocupación del legislador de contemplar la vida del contrato alargada en el tiempo (en el antes, con la información pre-contractual y, en el después, con la fase de liquidación, de cobertura de las garantías, etc.).

En estas relaciones de consumo, con ocasión de generalizar esta regla que comentamos, avanza el legislador en favor de la objetivación de la culpa ya que, además de imponer la responsabilidad a los prestadores de servicios por los daños causados a los consumidores y usuarios salvo que prueben que se sujetaron a la norma, añade que tal exigencia se depurará en todo caso en que se separen de la *lex artis* y de la diligencia exigible en función de la naturaleza del servicio.

Por demás, como modalidades de facilitación de la prueba, merecen ser destacadas medidas contempladas en la legislación especial, como es la posibilidad de exigir la exhibición de documentos (art. 73 LP) y la práctica de diligencias de comprobación de hechos (arts. 123-125 LP), destacando en una y otra cuestiones sensibles como que, en la primera, hay línea fronteriza con el secreto empresarial y, en la segunda, cabe incluso su petición *inaudita parte*.

8.2. La solidaridad en el lado pasivo, frente a una regla general de mancomunidad

Trascender el principio de relatividad (art. 1257 CC) o superar el principio de culpa (arts. 1101 y 1902 CC) se abrió con la tendencia objetivadora, que se manifestó en el Código Civil con la presunción de culpa (arts. 1769 y 1563 CC), la responsabilidad por actos de tercero (arts. 1903, 1721, 1564, 1596 CC), la responsabilidad del guardián, respecto a las cosas o animales (art. 1905 CC) o, avanzando en la garantía de la responsabilidad, con particulares soluciones en favor de la solidaridad (arts. 1822 y 1748 CC). El avance, en garantía de la res-

puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato».

ponsabilidad, estará en la desindividualización y consideración de la responsabilidad colectiva. Encontramos un referente normativo importante en el artículo 17.3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación: «Cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente». Precepto de gran relevancia en la práctica por la importancia que tiene el hecho constructivo en la economía y en la dinámica social, además de ser un ejemplo de referencia entre los actos jurídicos complejos al venir, en efecto, protagonizado por un colectivo con distintas competencias y necesaria concurrencia.

Una vez más, el antecedente más definitivo lo encontramos en el Código Civil, en el artículo 1591 CC, cuando regula la responsabilidad por ruina de un edificio y declara responsables del daño a los partícipes en el proceso constructivo (entre los que cabe distinguir al arquitecto proyectista, el arquitecto director de obra y el contratista), confirmando la regla general de que el colectivo partícipe en ese acto complejo responde solidariamente. Y, abundando en la normativa general, otro precepto importante que ratifica esta tendencia a la exigencia de responsabilidad solidaria lo tenemos en el artículo 132 del TRLGDCU, que generaliza esta extensión involucrando a todos los sujetos acotados en el libro correspondiente a la responsabilidad por productos defectuosos.

En la legislación especial, en materia de propiedad intelectual, se extiende la posibilidad de conformar del lado pasivo la exigencia de la responsabilidad al inductor o cooperador (art. 138 TRLPI) y, en la regulación de la propiedad industrial, se extiende al importador, fabricante y, en general, a todo el que realice explotación indebida de la patente (cfr. art. 72 LP). Abundando en ello y confirmando el criterio de extender la responsabilidad solidaria, de acuerdo con en el segundo párrafo del artículo 25.3 del TRLPI, los distribuidores, mayoristas y minoristas, que sean sucesivos adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales, con respecto de los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a estos la compensación, tal como dispone el Real Decreto 209/2023, de 28 de marzo, por el que se establecen la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada.

8.3. La acción colectiva del lado activo

Facilitar el acceso a la tutela judicial efectiva (art. 14 CE) pasa por hacer más accesible el accionamiento judicial lo que, en la práctica, se consigue impulsando las *class action* (que, además de velar por esos intereses difusos sirven al interés general y a la seguridad jurídica al evitar pronunciamientos contradictorios). En dos leyes importantes apreciamos el impulso a esta representación y legitimidad para accionar: en el artículo 37 del TRLGDCU y en el artículo 16 de la LCGC. En concreto, en la normativa de consumo fundamenta esta actuación por representación desde el reconocimiento del derecho de los consumidores y usuarios a contar con ese derecho (art. 8 TRLGDCU), confiriéndose a las asociaciones

de consumidores y usuarios la legitimidad en exclusiva para actuar en nombre y representación de los intereses generales del colectivo (art. 24 TRLGDCU), completando este reconocimiento con el cuadro de derechos de las asociaciones, entre los que se incluye tal competencia representativa (art. 37 TRLGDCU), y con la particular legitimidad para promover la acción de cesación (art. 54 TRLGDCU).

En materia de propiedad intelectual hay también un impulso de accionamiento colectivo a través de las entidades de gestión (en su papel de representación –art. 150 TRLPI– «en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales»). Destacando en este supuesto una legitimidad formal o accionamiento en defensa de la propiedad intelectual que se atribuye a terceros, incluso, en exclusiva y con reserva de ley. Tal atribución de competencias no debe entenderse en perjuicio de los titulares, sino para resolver cuestiones prácticas que a ellos les resulte difícil de gestionar.

8.4. La responsabilidad objetiva o por riesgo

La tendencia objetivadora ya se acoge en el Código Civil, arrancando en alguna medida de la culpa por razón de una negligencia *in eligendo* o *in vigilando* (el genérico art. 1903 CC o el particular art. 1721 CC, además del supuesto mencionado de la responsabilidad del guardián por los daños causados por las cosas o por los animales –art. 1905 CC–), siguiendo con la presunción de culpa (arts. 1563 y 1769 CC), que se consolida ante el daño desproporcionado o la miseria de medios. Avanzando en esta línea también se reconoce la imputación de la responsabilidad a un colectivo (responsabilidad solidaria que prescinde del debate y señalamiento del culpable en el caso del acto complejo o de mandato legal, a partir del referente fundamental localizado en el art. 17.3 de la LOE). El siguiente paso es, manteniendo el referente de la culpa, poder reconocer más supuestos de presunción de culpa y, avanzando en la progresión, poder hablar de responsabilidad por riesgo como expresión de la responsabilidad objetiva.

Se suele situar en la STS de 30 de junio de 1959 el precedente más decisivo que se aparta de la teoría de la culpa, al condenar por los daños causados sin observarse, junto con las medidas estandarizadas, todas las demás medidas necesarias para prevenir o evitar el daño ante una previsibilidad del siniestro, asumiendo que tal eventualidad aumenta en una sociedad del riesgo y mayores peligros. Esta evolución del sistema subjetivista o tendencia objetivadora se encuentra razonada por la regla *pro damnato*, la rigurosidad del *non laedere*, la tutela del más débil, la realidad y demanda social, la asunción de riesgo y, desde luego, cuando se está desplegando una actividad peligrosa y lucrativa, un riesgo por encima de lo normal y un beneficio para el agente promotor de la actividad.

En la sentencia citada sitúa la doctrina el hito desencadenante de facilitación de las indemnizaciones (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, p. 118) y se razona dando proyección a la presunción de culpa (de la que ya hemos destacado algunos precedentes en los arts. 1563

y 1769 CC), exigiendo una previsibilidad y especial diligencia adecuada a las instalaciones industriales, más allá de las medidas estandarizadas. Precisamente en desvirtuar la presunción de culpa, en materia de accidentes con vehículos de motor, acoge el autor de referencia la jurisprudencia que anticipa esta objetivación (por todas, la STS de 17 de julio de 1943).

La objetivación avanza tanto en el plano subjetivo como en el objetivo, con la extensión de la responsabilidad a terceros (ya antes se ha explicado esa ampliación del lado pasivo) y con la exigencia de estándares de calidad, que recuerda aquella compraventa a prueba o ensayo del código, aunque siempre se ha exigido un nivel objetivo de control de calidad para no incurrir en arbitrariedad o abuso (tal como proscriben los arts. 1256 y 7 CC). En el frecuente entorno de las relaciones de consumo se repiten los preceptos que objetivan la culpa al medir la responsabilidad desde unos estándares de calidad (arts. 137 y 147 TRLGDCU). Por demás, la objetivación la acogemos desde la voluntad negocial misma con la oferta comprometida de resultados en un mercado competitivo donde obligaciones de medios (servicios jurídicos, servicios sanitarios) se publicitan con ese ofrecimiento y compromiso de logro de una plena satisfacción.

8.5. El comiso, la atribución en propiedad y la afección real

En este punto es importante apreciar la superación de una prohibición general del comiso (art. 1859 CC), pudiendo generalizar la sujeción legal de activos patrimoniales (que ya teníamos prevista en preceptos como el art. 1318 CC o el art. 806 CC), imponiendo la afección (art. 9 LPH) o, dando un paso más, atribuyendo la propiedad al perjudicado (arts. 71 LP y 139.3 TRLPI), incluso, para evitar dilaciones, contemplando la entrega a cuenta, anticipada. En efecto, en la legislación especial destaca la posibilidad de solicitar, el que ejercite las acciones civiles al amparo de la LP, la atribución en propiedad de los objetos embargados que han servido para violar la propiedad industrial. De igual modo, al titular del derecho de explotación de la obra que haya sufrido la infracción se le reconoce la posibilidad de pedir la entrega de los ejemplares a precio de coste y a cuenta de la indemnización que deberá percibir.

8.6. Las medidas cautelares y otras soluciones inmediatas en el tiempo

La preocupación por evitar dilaciones indebidas que convierte el ideal de la justicia en una gran injusticia debe ser una prioridad. El Tribunal Constitucional advierte continuamente sobre la persistencia de esta patología. Superar esta patología legitima una medida como la adopción de las medidas cautelares que puedan adoptarse incluso antes de formalizar la acción judicial.

La propuesta del legislador en materia de propiedad intelectual y de propiedad industrial es interesante en la forma y en el fondo: acoge, con vocación de normalización, un catálogo amplio de medidas cautelares; y busca su adopción temprana, antes de demandar; ade-

más de promover la generalización considerando expresamente su proyección en el orden jurisdiccional penal (cfr. arts. 73 y 123 LP y arts. 141 y 143 TRLPI).

Otra medida digna de destacar por servir a esta respuesta rápida y eficaz es la acción de cesación en el artículo 12 de la LCGC, en el artículo 53 del TRLGDCU, en el artículo 71.1 a) de la LP y en el artículo 139 del TRLPI. En concreto, el artículo 53 del TRLGDCU dispone que

la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

Y para favorecer este accionamiento, en el artículo 54 del TRLGDCU se reconoce la legitimación de un modo amplio a entidades como el Instituto Nacional del Consumo, las asociaciones de consumidores y usuarios, el Ministerio Fiscal y las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Además, esta acción de cesación suma entre sus ventajas (junto a la posible formulación anticipada o previa a la acción, la amplia legitimidad para solicitarla, el catálogo de medidas que, según el legislador, puede contener) la imprescriptibilidad (art. 56 TRLGDCU).

La acción directa que desborda el marco particular de la contratación para exigir la responsabilidad a terceros se entendió lógica en el marco del mandato representativo (a partir del art. 1717 CC), y aún más forzado por estar más distantes o incomunicados, el Código acogió tal posibilidad de ejercer la acción directa en otras situaciones, como la arrendaticia (art. 1560 CC). Hoy, en materia de consumo, al productor se le exige tanto en contenidos obligacionales (por ejemplo, la garantía del servicio técnico –art. 127 bis TRLGDCU–) como responsabilidades (por los defectos de los productos que fabriquen o importe –art. 135 TRLGDCU–).

También, en favor de esta evitación de dilaciones indebidas, acuden los instrumentos que se normalizan e impulsan y que conforman los ADR. Tanto la mediación como el arbitraje se presentan como dos instrumentos de solución del conflicto ágiles en su tramitación (desburocratizados y flexibles), abaratados en costes, separados de la litis o de la mayor beligerancia del enfrentamiento judicial, más reservados o privados, muy confiados a la voluntad negocial (aunque la solución final, en el segundo escenario arbitral sea heterónoma) y a la equidad; y, por demás, muy útiles en el entorno territorial supranacional o globalizado.

En materia de propiedad intelectual cabe destacar, además del papel de la sección primera de la Comisión de la Propiedad Intelectual (art. 193 TRLPI) la adhesión a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (la OMPI) que, entre sus servicios, ofrece la mediación y el arbitraje. El impulso a estos medios extrajudiciales lo encontramos en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico; y en la

normativa de consumo. Por tanto, desde la fuerza de la voluntad negocial y la regulación de la teoría general de la contratación en el Código Civil (arts. 1254, 1261 CC) damos fundamento a las soluciones recogidas en el artículo 32 de la LSSI y en el artículo 57 del TRLGDCU.

8.7. Derecho de participación, revisión por equidad

Antes de ver desarrollado este derecho en la legislación especial, el interés que guía este estudio es localizar los fundamentos en nuestro derecho general y consolidado; así en el traspaso o en el subarriendo vemos la posibilidad de esa participación en la contratación con terceros y que pueda haber un reparto de beneficios. Al fin y al cabo, la regulación misma de la liquidación del estado posesorio ya busca esa revisión, la justa compensación o la evitación de todo enriquecimiento injusto.

Desde estos referentes entendemos las soluciones particulares que se dan en las leyes reguladoras de la propiedad industrial y en la propiedad intelectual. En efecto, en la regulación de las patentes se reconoce a favor del inventor, cuando no es titular de la patente por ser su labor de innovación propia de su contrato de trabajo (cfr. art. 17 LP), el derecho a recibir una compensación a cargo de la empresa empleadora. De igual modo, en el TRLPI se reconoce ese derecho de participación en el precio de la reventa que, tras una primera cesión, el vendedor obtenga (art. 24 TRLPI); y, en el mismo texto legal, se confiere la legitimidad para ejercer la acción de revisión por remuneración no equitativa, para el supuesto en que tras la cesión de los derechos de autor se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración inicialmente pactada y la totalidad de los ingresos obtenidos por el cesionario de los derechos de explotación de la obra.

De conformidad con los fundamentos que se van fijando, estos derechos son lógica y justa expresión de la relevancia de la dimensión propia de la personalidad (cuando a la misma se vincula esa producción científica, artística o la invención tecnológica) y del control causal, no solo en la perfección del negocio jurídico, sino en el desenvolvimiento de la contratación en el tráfico.

8.8. Derechos irrenunciables y control de legalidad

Desde el título preliminar del Código Civil queda reconocida la posible renuncia de derechos, expresión de plena disposición, aunque sujeta a ciertas condiciones (art. 6.2 CC –que no contraría el interés ni el orden público ni perjudique a terceros–). Precisamente la profusión normativa, en gran medida justificada para preservar la igualdad ofreciendo recursos de reequilibrio y medidas de equidad, se refuerza con pronunciamientos generales de irrenunciabilidad o corolario de *ius cogens* de las medidas de sobretutela. Los recursos de discriminación positiva, para favorecer a la parte débil contratante, al consumidor o usuario, resultan necesarias de cara a restablecer el equilibrio y garantizar la igualdad.

Así, ante la duda, se resuelve la interpretación favorable a la irrenunciabilidad y al carácter imperativos de los preceptos contenidos en la normativa reguladora de la propiedad horizontal o en la regulación especial arrendaticia. También podemos encontrar repetidas disposiciones con esa eficacia: en el artículo 5 de la Ley 19/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, según el cual los consumidores no podrán renunciar a los derechos reconocidos en esta ley, añadiendo que la renuncia a los derechos reconocidos por esta ley a los consumidores y los actos contrarios a la misma son nulos. Los actos realizados en fraude de ley serán sancionados como tales según lo dispuesto en el artículo 6 del CC.

En materia de consumo y como norma general, dentro de las disposiciones comunes en materia de responsabilidad, se declaran ineficaces las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil. En efecto, el artículo 10 del TRLGDCU confirma la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario confirmando la nulidad de la renuncia previa y de los actos en fraude de ley. De igual modo, cuando el legislador despliega medidas de sobreprotección, con ocasión de regular materias especiales como la propiedad intelectual, reitera esta medida de reequilibrio entre partes disponiendo expresamente que los beneficios son irrenunciables (art. 55 TRLPI).

9. Conclusiones

9.1. Vitalidad y actualidad del Código Civil

Urgidos por la innovación podemos incurrir en una producción normativa que, además de excesiva, caiga en la dispersión y en el desarrollo de un derecho que quiebre la coherencia y unidad del ordenamiento. Por ello es oportuno revitalizar los preceptos codificados que hoy informan soluciones demandadas; como también es importante que esa localización de preceptos no sea muestra de un tratamiento separado, según la institución en la que se acoja la norma particular, sino que sea expresión de una razón y de un cuadro de valores latente en la codificación.

Recurrir al Código Civil permite ensalzar su función de fundamento del derecho privado y su carácter de derecho general. Este texto nuclear recoge una tradición y explica una evolución ordenada, donde se equilibra un liberalismo templado y un referente social. Implica y permite comprobar cómo medidas hoy ensalzadas, requeridas o ganadas en su desarrollo ya estaban articuladas en él. La acertada labor legislativa del codificador con formulación de soluciones generales debe seguir inspirando la elaboración de las normas para evitar caer en la inestabilidad, el oportunismo, la coyuntura y la dispersión que hoy padecemos. Dar proyección, permanencia, estabilidad y coherencia interna a las normas es un compromiso realizable a partir de los preceptos del Código Civil, que está comprometido con valores y principios justos y, por ende, intemporales.

El legislador decimonónico realizó una tarea ejemplar en la aportación de soluciones equilibradas, sin complejo en agravar la responsabilidad cuando la situación requiriera tal sanción (así, presumiendo la culpa, objetivándola o no excusando el infortunio, incluso sancionando) y, en otras ocasiones, no dudando en dulcificar el reproche culpabilístico, concediendo el *ius retentionis* en garantía de la reparación, aplicando la *cláusula rebus* o desplegando el control causal contra la abusividad.

9.2. Normalización de las medidas de aseguramiento y de agravamiento de la responsabilidad civil

El *ius retentionis*, el agravamiento de la responsabilidad con sanción, la inexcusabilidad de la responsabilidad aun ante el caso fortuito y la tendencia objetivadora de la culpa, son recursos contemplados expresamente en el Código Civil. y, de conformidad con el cuadro de principios informadores de este texto, se encuentra base suficiente para construir la *cláusula rebus sic stantibus*.

En este estudio, además de enumerar el catálogo de medidas que han merecido impulso en el desarrollo del ordenamiento Jurídico, se posibilita ganar visión panorámica, acotar, fundamentar y sistematizar un catálogo de criterios de medición de la responsabilidad civil, en su lógica histórica y en su función de agravamiento o de dulcificación. En concreto, destacamos, de cara al endurecimiento de la exigencia de la responsabilidad, la tendencia objetivadora que se manifiesta en la inexcusabilidad de la responsabilidad ante el infortunio, la sanción sumada a la reparación, la presunción de culpa, la culpa en la guarda de las cosas, la responsabilidad por actos de terceros y la responsabilidad por riesgo. En concreto, sobre la no operatividad de la exoneración, hay que destacar los preceptos de gran significación, los artículos 453, 1488, 1744, 1745 y 1891 del CC.

9.3. Control causal y equidad

En el capítulo de dulcificación en la exigencia de la responsabilidad civil, encontramos razón en el control causal y en el recurso a la equidad que, de igual modo, encuentran basamento en el texto codificado. Las repetidas soluciones en las que a la parte que soporta mayor onerosidad se le ofrece una garantía, para lograr un reequilibrio entre partes, son la muestra.

El concepto de causa precisa su concreción y tratamiento conjunto, sin ceder a una indefinición o dispersión, en tanto cabe su análisis y consideración conjunta y acepción objetiva. Hay, además, que contemplarla en el inicio y en el desenvolvimiento con un control jurídico que permitirá detectar un abuso de derecho y aplicar las consecuencias o efectos que son rotundos: imprescriptibilidad, sentencia declarativa, legitimación abierta, apreciación de oficio y nulidad radical. La equidad, lograda de modo significativo con la proscripción del abuso de derecho y a través de un control causal, nos permite entender la normalización del

ius retentionis en la distintas titularidades crediticias y reales que se han ido destacando con sus correspondientes fundamentos de derecho: en el derecho de cosas, en los artículos 502, 522, 453 y 1866 del CC; y en el derecho de obligaciones y contratos, en los artículos 1600, 1730, 1780 del CC y, aunque no expresamente y sí por remisión, en el artículo 1573 del CC.

9.4. Concreción de los requisitos que legitiman el plus de la responsabilidad o su excusa

Cabe confirmar en este estudio la viabilidad de medidas, su fundamento, razón y proyección, primero para el agravamiento, imponiendo sanción, permitiendo en unos casos que opere el castigo junto a la compensación y acogiendo, en otros supuestos, la objetivación y la responsabilidad por riesgo y, segundo, para la exoneración permitiendo la cláusula *rebus*. Todo ello reforzado en equidad con el control causal frente a la abusividad y el *ius retentionis* en garantía de cobro. Se trata de evitar la frustración del lesionado y de la sociedad ante una falta de respuesta suficiente del derecho; así como dispensar una sobretutela que merezca la parte débil.

Por ello, además de los concretos fundamentos de derecho y preceptos seleccionados, los argumentos que razonan unas y otras soluciones se pueden sintetizar, en cuanto a lo primero, para el agravamiento de la sanción, los requisitos para legitimar la sanción, que serían: contar con el respaldo en una norma que lo disponga, o cuando se busque ir contra una conducta especialmente grave o cuando el autor del daño ha entendido ventajoso o rentable, actuar de ese modo o contravenir el derecho, como también fijando los requisitos para entender la responsabilidad por riesgo; en este orden de endurecimiento de la exigencia de la responsabilidad, relacionamos los siguientes: que la medida de objetivación se imponga por la ley, que se provoque un riesgo superior al normal y que la actividad sea lucrativa.

Y, en esta tarea de concreción de presupuestos, ahora para acoger la dulcificación de la exigencia de la responsabilidad civil, en concreto para aplicar la cláusula *rebus*, los requisitos serían: la absoluta imprevisibilidad de la alteración grave de las circunstancias, la desproporción en las prestaciones y la extraordinaria onerosidad sobrevenida para una de las partes contratantes. Concurriendo estos presupuestos, el Alto Tribunal ha acogido cierta normalización de la figura.

En este orden, en favor de la menor dureza o limitar la imputación a tercero, cabe finalmente abundar también en la doctrina de la asunción de riesgos, ya que, en una sociedad avanzada, participativa, protagonista y responsable, es lógico imponer un mayor grado de autoexigencia y diligencia propia. La responsabilidad es consecuencia de la autonomía y así el precio de impulsar la capacidad de obrar en correspondencia con la capacidad jurídica implica esa exigencia (cfr. art. 299 CC), por lo que cabe ratificar que cuanto más informados más responsables son los obligados; y que cuanto más comprometidos socialmente más reprochable es el abuso o el daño a tercero.



Referencias bibliográficas

- Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. (2022). *Manual de Derecho Mercantil*. Vol. II. Tecnos.
- Castro y Bravo, F. de (1985). *El Negocio Jurídico*. Civitas.
- Clavería Gonsalbez, L. H. (1993). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XVII, vol. 1-B. Edersa.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2000). *Derecho de Daños*. Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2001). *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III. Tecnos.
- García Cantero, G. (1980). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XIX. Edersa.
- Marín Pérez, P. (1982). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXII, vol. 1. Edersa.
- Martín Bernal, J. M. (1982). *El Abuso de Derecho*. Montecorvo.
- Torre Olid, F. de la (2017). Tratamiento del *ius Retentionis*. A favor de un mayor contenido y alcance, desde el régimen constitucional de los bienes de rendimiento económico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

Francisco de la Torre Olid. Profesor de Derecho Mercantil en ESIC-Business & Marketing School. Doctor en Derecho (Universidad de Granada), con dos sexenios de investigación. En su experiencia profesional ha ocupado cargos como el de secretario del Comité de Justicia Deportiva de la Región de Murcia. Labor académica y profesional valorada en el CGPJ con el nombramiento de magistrado suplente. Cuenta con más de un centenar de publicaciones de carácter científico, divulgativo y formativo. Ha dirigido trece tesis doctorales y ha realizado, como actividad de transferencia, un amplio número de dictámenes. <https://orcid.org/0000-0002-5188-6118>



El secreto de las comunicaciones y las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial

David Colomer Bea

*Profesor de Derecho Penal.
Universitat de València (España)*

david.colomer@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-0310-4409>

Este trabajo ha obtenido un **accesit** del **Premio Estudios Financieros 2023** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Raúl Leopoldo Canosa Usera, doña Ana Cremades Leguina, doña Silvia Díaz Sastre, don Rafael Fernández Valverde y don Luis Pérez de Ayala Becerril.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

No toda grabación de conversaciones ajenas realizada sin autorización judicial constituye una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. El quebrantamiento de este derecho fundamental requiere una actuación encaminada a tomar conocimiento de la comunicación secreta, lo que no sucede cuando un tercero accede a ella de manera natural, sin proponérselo. En estos casos, los interlocutores carecen de una expectativa razonable de privacidad frente a dicho tercero, quien puede grabar aquello que escucha sin incurrir en ningún reproche jurídico. Lo que no puede hacer el autor de la grabación es difundirla sin el consentimiento de los interlocutores, pues ello vulnera su derecho a la intimidad. Dicha grabación sí puede ser utilizada como prueba en un procedimiento judicial o administrativo, salvo que la conversación grabada haya sido provocada con la intención de que alguno de los interlocutores realice manifestaciones que puedan ser utilizadas en su contra, viéndose así conculcados los derechos a un proceso con todas las garantías, a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable.

Palabras clave: grabaciones ambientales; secreto de las comunicaciones; intimidad; expectativa razonable de privacidad.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 05-12-2023

Cómo citar: Colomer Bea, D. (2023). El secreto de las comunicaciones y las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 275, 69-98. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19421>



The right to the secrecy of communications and the ambience recordings made by a third party without legal authorization

David Colomer Bea

This paper has won **second prize Financial Studies 2023 Award** in the category of **Constitutional and Administrative Law**.

The jury members were: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Raúl Leopoldo Canosa Usera, Mrs. Ana Cremades Leguina, Mrs. Silvia Díaz Sastre, Mr. Rafael Fernández Valverde and Mr. Luis Pérez de Ayala Becerril.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity of the authors.

Abstract

Not every single recording of other people's conversation carried out without court approval becomes a violation of the right to the secrecy of communications. Breaching that fundamental right requires an aim to find out the content of that private communication, which does not happen when a third party gets access thereto in a natural way, unpurposely. In that scenario, the conversational partners lack a reasonable expectation of privacy from that third party, who may record anything listened and not commit the slightest misdemeanor. What the recording party cannot do is communicate the content to others without the speakers' consent, thus violating their right to privacy. Such a recording may very well be used as proof in a judicial or administrative proceeding, unless the recorded conversation has been induced hoping that one of the speakers speech might be used against him, and by doing so, violating due process and the rights to not be compelled to be a witness against himself, and plead not guilty.

Keywords: ambience recordings; secrecy of communications; privacy; reasonable expectation of privacy.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 05-12-2023

Citation: Colomer Bea, D. (2023). El secreto de las comunicaciones y las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 275, 69-98. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19421>



Sumario

1. Aspectos esenciales del derecho al secreto de las comunicaciones
 - 1.1. El carácter formal del derecho al secreto de las comunicaciones y su conexión con la intimidad
 - 1.2. Comunicaciones cubiertas por el derecho al secreto de las comunicaciones
 - 1.3. La vulneración del secreto de las comunicaciones
 2. Las grabaciones ambientales de comunicaciones secretas realizadas por terceros sin autorización judicial
 - 2.1. Delimitación y especialidades de las escuchas y grabaciones ambientales
 - 2.2. Licitud e ilicitud de las escuchas ambientales sin autorización judicial
 - 2.3. El secreto de las comunicaciones y las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial
 - 2.4. El tratamiento civil, penal y administrativo de las grabaciones ambientales que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones
 - 2.5. Las grabaciones ambientales más allá del secreto de las comunicaciones
 - 2.5.1. La afectación a la intimidad de las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones
 - 2.5.2. La utilización como prueba de las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones
 3. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Aspectos esenciales del derecho al secreto de las comunicaciones

1.1. El carácter formal del derecho al secreto de las comunicaciones y su conexión con la intimidad

El artículo 18.3 de la Constitución española (CE) «garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Lo que se protege en este derecho fundamental es la libertad de las comunicaciones y, más concretamente, «la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º).

El derecho al secreto de las comunicaciones constituye una de las garantías del respeto a la vida privada¹, derecho reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)². Las comunicaciones son o pueden ser «medio de conocimiento de aspectos de la vida privada» (STC núm. 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3.º), de modo que, como ocurre con la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), el secreto de las comunicaciones opera como instrumento de tutela de la intimidad (art. 18.1 CE)³. Su reconocimiento autónomo se explica por el «carácter formal» del secreto consagrado en el artículo 18.3 de la CE (Ridaura Martínez, 2017, pp. 358-359), que se preserva frente a injerencias de terce-

¹ En esta línea, Díaz Revorio (2006) señala que «el correcto entendimiento del significado de este derecho requiere relacionarlo con los restantes derechos del artículo 18 [CE], todos los cuales parecen tener un fundamento común, como es la protección de la *vida privada* o *privacidad* de la persona» (p. 160).

² Artículo 8.1 del CEDH: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

³ Así lo conciben, entre otros, Martín Morales (1995, p. 44), Rodríguez Ruiz (1998, pp. 23-26) y Rebollo Delgado (2000, pp. 362-363).

ros, «sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º). No es tanto el contenido de lo comunicado como el proceso de comunicación lo que se protege a través del derecho al secreto de las comunicaciones (STC núm. 70/2002, de 3 de abril, FJ 9.º).

La intimidad, reconocida como derecho fundamental en el artículo 18.1 de la CE, garantiza al individuo «un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros», atribuyendo a su titular «el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida» (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º). Desde esta perspectiva, el secreto de las comunicaciones puede considerarse una «manifestación [...] del derecho a la intimidad» (STS, Sala II, núm. 914/1996, de 20 de diciembre, FJ 5.º), teniendo en cuenta que este derecho también se protege «con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público» (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º). Al garantizar el secreto de las comunicaciones, el artículo 18.3 de la CE tutela una parcela específica de la vida privada (Frígols i Brines, 2010, p. 43).

Este vínculo tan estrecho que existe entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad se manifiesta en la configuración de su protección civil y penal. Tanto la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LO 1/1982), como el título X del libro II del Código Penal (CP), dedicado a los «delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», aluden exclusivamente a la intimidad como objeto de tutela, si bien tipifican comportamientos que atentan contra el secreto de las comunicaciones. Este derecho fundamental se concibe, en ambas disposiciones legales, como una de las garantías de la intimidad, lo que aparece reflejado de manera expresa en la sección 2.ª del capítulo V del título XXI del libro II del CP, que se refiere a «los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad», al tiempo que incluye dos tipos penales de autoridades, funcionarios públicos o agentes de la autoridad que afectan al secreto de las comunicaciones: el delito de interceptación de la correspondencia del artículo 535 del CP y el delito de interceptación de las telecomunicaciones o control audiovisual clandestino del artículo 536 del CP.

La vida privada de cada individuo, tutelada por los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, viene marcada por su «voluntad de no dar a conocer» a terceros una determinada información o un determinado hecho (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º). Ahora bien, esa voluntad no puede concebirse en términos exclusivamente subjetivos, debiendo reflejarse en los «propios actos» (art. 2.1 LO 1/1982)⁴. Como ha señalado

⁴ Artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982: «La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios

el Tribunal Supremo, la tutela efectiva de la intimidad «estará en función del celo que en su guarda y custodia manifiesta cada persona», atendiendo a las «pautas de comportamiento que se deducen de la conducta o actos propios de cada uno», de modo que «quien malbarate [el derecho a la intimidad] o no sea celoso custodio [del mismo] no será acreedor [de su] protección jurídica» (STS, Sala I, núm. 322/1989, de 18 de abril, FJ 4)⁵. En esta línea, un criterio tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional «para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas» es el de la expectativa razonable de privacidad, esto es, «las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno» (STC núm. 12/2012, de 30 de enero, FJ 5.º)⁶. Este criterio ha sido utilizado de manera expresa en el ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones por la STC núm. 241/2012, de 17 de diciembre, en la que se consideraron excluidas de la protección del artículo 18.3 de la CE las «comunicaciones entre dos trabajadoras que se produjeron al introducirse el programa [Trillan, de mensajería instantánea] en un soporte de uso común para todos los trabajadores de la empresa sin ningún tipo de cautela» (FJ 7.º). En este caso, el Tribunal Constitucional entendió que «no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial», que prohibía la instalación de programas en el ordenador de uso común de la empresa (FJ 6.º)⁷.

actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

⁵ Se refiere detenidamente a esta cuestión Carrión Olmos (2007, pp. 114-118).

⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también utiliza el criterio de la expectativa razonable de privacidad para valorar la legitimidad de las injerencias en el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH). Véase, por ejemplo, la STEDH, Gran Sala, de 17 de octubre de 2019, *López Ribalda y otros c. España*:

«En cuanto a si las demandantes tenían una expectativa razonable de que se protegiera y respetara su vida privada, el Tribunal observa que su lugar de trabajo, un supermercado, estaba abierto al público y que las actividades que se filmaban allí, a saber, la realización de pagos por las compras de los clientes, no eran de carácter íntimo o privado. Por lo tanto, sus expectativas en cuanto a la protección de su vida privada eran necesariamente limitadas. Sin embargo, incluso en lugares públicos, la creación de una grabación sistemática o permanente de imágenes de personas identificadas y el posterior procesamiento de las imágenes así grabadas podían plantear cuestiones que afectaban a la vida privada de las personas afectadas. El Tribunal observa que en el presente caso la legislación interna estableció un marco legal formal y explícito que obligaba a la persona responsable de un sistema de videovigilancia, incluso en un lugar público, a dar información previa a las personas vigiladas por dicho sistema. Además, las demandantes habían sido informados de la instalación por su empleador de otras cámaras de circuito cerrado en el supermercado, que eran visibles y estaban colocadas de manera que podían filmar las entradas y salidas de la tienda. En esas circunstancias, las demandantes tenían una expectativa razonable de que no serían objeto de videovigilancia en las demás zonas de la tienda sin ser informadas de antemano» (§ 93).

⁷ Sobre el criterio de la expectativa razonable de privacidad en el ámbito del secreto de las comunicaciones y su utilización en la STC 241/2012, de 17 de diciembre, véase Rodríguez Lainz (2013).

1.2. Comunicaciones cubiertas por el derecho al secreto de las comunicaciones

No todas las comunicaciones están protegidas por el artículo 18.3 de la CE, sino únicamente las comunicaciones secretas. El secreto se define como la «cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta» (DLE, acepción 1), es decir, aquello que se mantiene al resguardo del conocimiento ajeno, de modo que las comunicaciones secretas son aquellas que no se dan a conocer a terceros⁸.

Inicialmente, el Tribunal Constitucional limitó la aplicabilidad del derecho al secreto de las comunicaciones a las comunicaciones «realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero» (STC núm. 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4.º), debido a su «especial vulnerabilidad» (STC núm. 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5.º). Así lo declaró de manera expresa la STC núm. 18/2020, de 10 de febrero:

Únicamente la comunicación que tiene lugar a través de un determinado medio técnico pertenece al ámbito de protección del art. 18.3 CE, pues las comunicaciones directas –orales o escritas– sin medios técnicos de interposición carecen del carácter secreto que garantiza el art. 18.3 CE (FJ 3.º).

Esta declaración contrastaba con la decisión adoptada por el propio Tribunal Constitucional en la STC núm. 145/2014, de 22 de septiembre, en la que se consideró que vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones una grabación de conversaciones orales directas entre detenidos mantenidas en dependencias policiales, pues «el art. 18.3 CE no dispone una distinta protección de las conversaciones telefónicas [...] que de otras comunicaciones como las verbales» (FJ 7.º).

La STC núm. 99/2021, de 10 de mayo, parece haber cerrado este debate al señalar:

En relación con las comunicaciones interpersonales mantenidas sin la intervención de medios o artificios técnicos destinados a hacer posible el proceso comunicativo (comunicaciones orales), nuestra jurisprudencia ha ido evolucionando desde una posición en la que inicialmente se afirmaba que el derecho del art. 18.3 CE solo operaba respecto a comunicaciones realizadas a través de canales o bandas cerradas –quedando fuera del mismo, consecuentemente, las que no precisaban de la intervención de ningún tercero ajeno como prestador del servicio de telecomunicación (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 9.º; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5.º,

⁸ Ocón García (2021) destaca la naturaleza relacional del concepto de «secreto», que presupone la existencia de dos clases de sujetos: «quienes poseen el conocimiento y quienes no deben acceder a él manteniéndose oculto» (p. 94).

y 170/2012, de 7 de octubre, FJ 4.º)– hasta una postura tendente a equiparar las comunicaciones orales con las realizadas a través de medios telemáticos (FJ 3.º).

Tal equiparación me parece adecuada. Las comunicaciones protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones son aquellas en las que existe «la voluntad de excluir [del proceso comunicativo] a terceros no intervinientes», siendo indiferente «el método a través del cual se remite un mensaje, o se efectúa una comunicación» (STC núm. 99/2021, de 10 de mayo, FJ 7.º). En las comunicaciones directas, los interlocutores también tienen derecho a que terceros ajenos a la comunicación no se inmiscuyan en ella, pues el artículo 18.3 de la CE «contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas» (STC núm. 70/2002, de 3 de abril, FJ 9.º).

Lo que debe exigirse tanto en las comunicaciones a través de medios técnicos como en las directas es que el proceso comunicativo se desarrolle en unas condiciones que evidencien la existencia de una expectativa razonable de privacidad, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el lugar en el que se produce la comunicación o el tono de voz empleado por los interlocutores (Rivero Sánchez-Covisa, 2017, p. 186). Sin esa expectativa razonable de privacidad, una comunicación no puede considerarse secreta y queda, por ello, excluida del ámbito de protección del artículo 18.3 de la CE. En esta dirección apunta la STC núm. 241/2012, de 17 de diciembre, que alude a «la falta de secreto de las comunicaciones [...] abiertas y no rodeadas de las condiciones que pudieran preservarlas» (FJ 7.º)⁹.

1.3. La vulneración del secreto de las comunicaciones

La vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones consiste en «el descubrimiento ilegítimo de cualesquiera aspectos no manifiestos del proceso de comunicación» (Jiménez Campo, 1987, p. 50), incluyendo «no solo el contenido de la comunicación, sino también [...] la identidad subjetiva de los interlocutores» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º). El ilícito constitucional consagrado en el artículo 18.3 de la CE es «la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas» (STC núm. 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4.º), la «interferencia en un proceso de comunicación» (Rodríguez Montañés, 2018, p. 545).

Por tanto, para que se produzca un quebrantamiento del secreto de las comunicaciones, se requiere «la presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso

⁹ Fuera de nuestro país, la Corte Suprema de Casación italiana ha declarado que las comunicaciones realizadas «de un modo tan poco discreto que resulten perceptibles para terceros (por ejemplo, hablando en voz alta en público o utilizando ondas de radio que puedan captarse libremente)» no se incluyen en el ámbito de protección del secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 15 de la Constitución de la República Italiana (Sentencia núm. 36747, de 28 de mayo de 2003).

de comunicación» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º). Desde esta perspectiva, los interlocutores no pueden vulnerar el secreto de las comunicaciones, dado que forman parte del proceso comunicativo. Cuestión distinta es que alguno de ellos haga un uso del contenido material de lo comunicado que resulte atentatorio contra la intimidad u otros derechos fundamentales, pues «el interlocutor no goza de un estatuto pleno de disposición de lo comunicado» (González Cussac, 2020, p. 100).

La condición de interlocutor se opone a la de tercero ajeno a la comunicación. En este punto, cabe remarcar que el secreto de las comunicaciones posee «eficacia *erga omnes*, tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos» (STC núm. 99/2021, de 10 de mayo, FJ 3.º). El artículo 18.3 de la CE prohíbe que esos terceros, particulares o agentes estatales, tomen conocimiento de las comunicaciones secretas, «salvo resolución judicial»¹⁰. A falta de esta autorización, cualquier toma de conocimiento de comunicaciones secretas ajenas constituye un atentado contra el derecho al secreto de las comunicaciones.

Pero la última afirmación precisa de una importante matización: del mismo modo que «no hay "secreto" para aquel a quien la comunicación se dirige» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º), tampoco lo hay para aquel que, sin ser interlocutor, percibe la comunicación ajena de manera natural, esto es, sin «alterar el estado de las cosas» (SAP de Madrid, Sección 2.ª, núm. 591/2021, de 29 de septiembre, FJ 3.º). Así pues, el derecho al secreto de las comunicaciones se vulnera «cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las [comunicaciones] que mantienen otras personas» (STS, Sala II, núm. 2081/2001, de 9 de noviembre, FJ 9.º), lo que implica que, para vulnerar el secreto de las comunicaciones, la toma de conocimiento de la comunicación ajena debe venir precedida de una actuación del tercero encaminada a obtener dicho conocimiento¹¹. Sin esa actuación previa del tercero, la toma de conocimiento de la comunicación ajena será legítima y ninguna vulneración del secreto de las comunicaciones se le podrá atribuir. Al igual que sucede respecto de los interlocutores, el uso que haga el tercero de la información obtenida por la captación de la comunicación ajena podrá atacar contra la intimidad u otros derechos fundamentales, pero no contra el derecho al secreto de las comunicaciones.

¹⁰ No voy a detenerme en este inciso final del artículo 18.3 de la CE, en la medida en que el objeto del presente trabajo son las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial. Sobre los presupuestos para intervenir las comunicaciones mediante resolución judicial y sobre el alcance de esta, véase Ocón García (2021, pp. 203-218).

¹¹ En esta línea, dice la STS, Sala II, núm. 591/2002, de 1 de abril:

«La actuación ilegítima, y delictiva, consiste en disponer medios para interceptar conversaciones afectantes a la intimidad, pero no prohíbe la escucha de aparatos que emiten conversaciones sin una previa actuación sobre los mismos para su audición. La guardia civil oyó, percibió sensorialmente, unas conversaciones sin que para su realización hubiera realizado ninguna operación que lo permitiese, quebrantando los mecanismos dispuestos en estos aparatos para preservar su audición a las personas interesadas en la conversación y titulares del derecho fundamental [al secreto de las comunicaciones]» (FJ 6.º).

Esta configuración del ilícito constitucional del artículo 18.3 de la CE coincide con el modo en que el Tribunal Supremo concibe la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria en los supuestos de observación clandestina de lo que acontece en el interior de un domicilio:

La tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege tanto frente a la irrupción in consentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscribió el art. 18.2 de la CE. Y se vulnera esa prohibición cuando, sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado. (STS, Sala II, núm. 329/2016, de 20 de abril, FJ 2.º).

En sentido contrario, si la observación de lo que acontece en el interior de un domicilio ajeno se lleva a cabo «hasta donde alcanza la vista», sin valerse de «instrumentos ópticos que convierten la lejanía en proximidad», no existe vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (*ibid.*, FJ 3.º). Por tanto, también en este ámbito la licitud o ilicitud de la captación de la vida privada ajena depende de si se percibe con naturalidad o es necesario llevar a cabo alguna actuación para tomar conocimiento de ella.

2. Las grabaciones ambientales de comunicaciones secretas realizadas por terceros sin autorización judicial

2.1. Delimitación y especialidades de las escuchas y grabaciones ambientales

La forma más habitual de vulneración del secreto de las comunicaciones es la interceptación o intervención telefónica. Antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, la intervención u observación de las comunicaciones telefónicas era la única medida de investigación sobre comunicaciones orales que preveía la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím).¹² La interceptación telefónica consiste en «cualquier posible

¹² Como apunta Elvira Perales (2020), esta medida «fue objeto de una regulación parcial, manifiestamente insuficiente, como pronto evidenció la jurisprudencia, que fue la encargada de señalar los aspectos necesarios para que una intervención de las comunicaciones pudiera considerarse respetuosa con [el derecho al secreto de las comunicaciones]» (p. 115).

modalidad de injerencia externa en una línea telefónica» (Montón Redondo, 1995, p. 1.043), lo que implica el «reenvío de una información que es transmitida y recibida por un determinado dispositivo» o «la interceptación de la señal mientras que discurre por la red pública de comunicaciones» (Rodríguez Lainz, 2017).

Con la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, se introdujeron en la LECrim. nuevas medidas de investigación sobre comunicaciones orales, por una parte, ampliando el ámbito de la interceptación a las comunicaciones telemáticas (capítulo V del título VIII del libro II)¹³ y, por otra, incluyendo la captación y grabación de comunicaciones orales directas mediante la utilización de dispositivos electrónicos (capítulo VI del título VIII del libro II). La separación en capítulos distintos de ambas medidas limitativas del secreto de las comunicaciones es adecuada, pues las comunicaciones orales directas no pueden ser intervenidas o interceptadas, en el sentido que se ha apuntado, ya que en estos casos la información es transmitida y recibida sin la intermediación de un medio técnico¹⁴. En cambio, las comunicaciones telefónicas y telemáticas también pueden ser captadas mediante escucha o grabación ambientales –por ejemplo, cuando alguno de los interlocutores activa un altavoz permitiendo la escucha del otro interlocutor en el lugar donde se encuentra aquel–, medida que, en principio, no podría autorizar al juez al no recogerse específicamente en la regulación actual¹⁵.

Las escuchas o grabaciones ambientales de las comunicaciones secretas, esto es, las que captan la comunicación audible en un determinado lugar, presentan unos rasgos especiales respecto de las intervenciones o interceptaciones de las comunicaciones secretas telefónicas o telemáticas. Mientras que estas últimas son siempre ilícitas, salvo autorización judicial, pues presuponen una actuación previa del sujeto encaminada a tomar conocimiento de la comunicación secreta¹⁶, las escuchas o grabaciones ambientales de las comunica-

¹³ Para un estudio detallado sobre la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, véase Rodríguez Lainz (2016, pp. 73-255).

¹⁴ Cuestión distinta es que el teléfono intervenido sirva para captar, una vez establecida la llamada, las comunicaciones orales directas que tienen lugar en las proximidades. El Tribunal Supremo ha señalado que la captación de estas comunicaciones constituye un efecto abarcado por la resolución judicial que autoriza la interceptación de las comunicaciones telefónicas (STS, Sala II, núm. 373/2016, de 3 de mayo, FJ 1.º).

¹⁵ En esta omisión pudo haber influido el hecho de que el Tribunal Constitucional llegase a afirmar que «la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación [...] mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación» (STC núm. 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5.º).

¹⁶ Cabe apuntar que el Tribunal Supremo ha señalado que «las captaciones de conversaciones radiotelegráficas, en frecuencia de uso público, no precisan de autorización judicial», pero porque no se trata de comunicaciones secretas, sino «de uso público y, siendo esto conocido por los usuarios, ello implica una implícita aceptación de la posibilidad de captación» (STS, Sala II, núm. 695/2013, de 22 de julio, FJ 12.º).

ciones secretas orales, ya sean directas o telemáticas, pueden ser lícitas sin autorización judicial: lo serán si en la comunicación no existe una expectativa razonable de privacidad respecto del tercero que escucha o graba.

2.2. Licitud e ilicitud de las escuchas ambientales sin autorización judicial

La Circular 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado dice que «no puede considerarse vulneración del secreto de las comunicaciones la escucha de una conversación telefónica por hallarse quien escucha en las inmediaciones del lugar en que se produce, sin utilizar ningún medio técnico o electrónico». En esta línea, cabe mencionar la STS, Sala II, núm. 218/2007, de 5 marzo, que consideró lícita la escucha directa de las palabras emitidas por uno de los interlocutores de una conversación telefónica, investigado por delitos contra la salud pública, por parte de una funcionaria policial que se colocó disimuladamente junto al teléfono público a través del cual se llevó a cabo dicha comunicación¹⁷. Hay que destacar, de igual modo, la SAP de Guipúzcoa, Sección 1.^a, núm. 38/2000, de 17 de febrero, que señala:

La protección que la Constitución dispensa al secreto de las comunicaciones telefónicas [...] no alcanza a garantizar el secreto de dichas comunicaciones frente a las personas que se encuentran en las inmediaciones de la persona que habla por teléfono y que oyen el contenido de lo que habla directamente, sin utilizar para ello ningún procedimiento técnico o electrónico. Piénsese, por ejemplo, en la conversación que tiene lugar a través de teléfonos fijos o móviles en el interior de un domicilio en el que están las puertas o las ventanas abiertas y es oída por una persona que se encuentra fuera del mismo, bien en la calle, en las escaleras o, incluso, en un domicilio contiguo, debido al alto tono de voz empleado por la persona que realiza la llamada, o en la que tiene lugar a través de teléfonos fijos o móviles en establecimientos públicos delante de otras personas, o en teléfonos móviles en la vía pública (FJ 5.^o).

De acuerdo con este planteamiento, la licitud o ilicitud de las escuchas ambientales sin autorización judicial depende de si se han llevado a cabo de forma directa, en cuyo caso

¹⁷ El Tribunal Supremo concluyó que, dado que «la conversación descubierta por la Policía lo fue mediante escucha directa de uno de los conversadores, gracias a la proximidad a él de una funcionaria en la vía pública» ello «excluye cualquier consideración de atentado al derecho a la intimidad del comunicante» (STS, Sala II, núm. 218/2007, de 5 marzo, FJ 1.^o) y cabe entender que también cualquier consideración de atentado al derecho al secreto de las comunicaciones.

se consideran lícitas, o utilizando medios técnicos o electrónicos –por ejemplo, un micrófono oculto–, en cuyo caso se consideran ilícitas. En mi opinión, la licitud de las escuchas ambientales directas no puede reconocerse de manera automática, sino que requiere que el acceso a la comunicación se haya producido de manera natural, es decir, sin una previa actuación encaminada a tomar conocimiento de ella. Desde esta perspectiva, la actuación de la funcionaria policial que se coloca disimuladamente al lado de un teléfono público para oír la conversación de un investigado resultaría ilícita, vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones. Cuando alguien habla por teléfono espera razonablemente que ninguna persona se sitúe con disimulo junto a él para escuchar lo que dice, de modo que el tercero que así actúa defrauda una expectativa razonable de privacidad, conculcando el derecho al secreto de las comunicaciones. En cambio, ninguna expectativa de privacidad ni ningún secreto se quebranta cuando una conversación es escuchada por quien se halla en un lugar próximo sin haberse colocado allí con el propósito de tomar conocimiento de dicha comunicación. Este sería el caso, por ejemplo, de la hija que, en compañía de su madre, «oye la conversación telefónica [que esta mantiene con su padre] sin utilizar ningún aparato o mecanismo para ello, sino sencillamente por el alto tono de voz [de su padre] y la proximidad que aquella tenía del aparato telefónico que usaba su madre» (SAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, núm. 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 3.º).

2.3. El secreto de las comunicaciones y las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial

Las dos sentencias del Tribunal Constitucional que han incluido expresamente las comunicaciones orales directas en el ámbito de protección del artículo 18.3 de la CE –STC núm. 145/2014, de 22 de septiembre, y 99/2021, de 10 de mayo– refieren a casos de grabaciones efectuadas con autorización judicial y, por tanto, previa actuación encaminada a tomar conocimiento de comunicaciones secretas ajenas. En defecto de resolución judicial, este tipo de grabaciones resulta atentatorio contra el derecho al secreto de las comunicaciones, de la misma forma que las escuchas ambientales.

Distinto tratamiento merecen las grabaciones ambientales efectuadas por terceros sin autorización judicial cuando la toma de conocimiento de las comunicaciones se produce de manera natural, no buscada. La STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, la más citada en el ámbito del secreto de las comunicaciones, parece no entenderlo así cuando, en términos absolutos, señala que «quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución» (FJ 7.º). Pero este precepto, de acuerdo con la mencionada sentencia, «se dirige inequívocamente a garantizar [la] impenetrabilidad [de la comunicación] por terceros» (*idem*), de modo que aquella declaración debe entenderse referida a la grabación de una conversación secreta realizada por un tercero que se introduce –penetra– en ella, es decir, que lleva a cabo alguna actuación encaminada a tomar conocimiento de comunicaciones ajenas. Este tipo

de grabaciones, efectivamente, siempre atenta contra el derecho al secreto de las comunicaciones, al contrario de lo que sucede con las grabaciones ambientales efectuadas por terceros que toman conocimiento de la conversación sin proponérselo.

En línea con lo que se acaba de señalar, el Tribunal Supremo ha afirmado que la grabación de una conversación solo vulnera el secreto de las comunicaciones cuando un tercero se interpone, esto es, «interfiere y llega a conocer el contenido de las [comunicaciones] que mantienen otras personas» (STS, Sala II, núm. 2081/2001, de 9 de noviembre, FJ 9.º). Aunque esta afirmación se hace para negar la ilicitud de las grabaciones subrepticias efectuadas por alguno de los interlocutores, su razonamiento también sirve para considerar conformes al artículo 18.3 de la CE las grabaciones ambientales efectuadas por terceros que toman conocimiento de las comunicaciones ajenas de manera natural, o lo que es lo mismo, sin interponerse. La perpetuación o utilización de un mensaje «por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor [...] no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue», y esto es aplicable tanto para «la persona a la que materialmente ha sido dirigido» el mensaje como para «un tercero que [no] se haya interpuesto» (*idem*). Pese a ello, el Tribunal Supremo solo ha reconocido de manera expresa la licitud de las grabaciones ambientales de terceros realizadas con la autorización de alguno de los interlocutores. Así, la STS, Sala II, núm. 298/2013, de 13 de marzo, señala que «lo que convertiría en ilícita la grabación sería que el tercero no estuviese expresamente autorizado por alguno de los interlocutores», pues, «si lo está, no hay diferencia alguna en que el interlocutor que quiere registrar la conversación lo haga y luego la transmita a ese tercero o directamente le permita acceder a ella» (FJ 1.º).

Son escasas las sentencias que se pronuncian sobre la licitud o ilicitud de las grabaciones ambientales realizadas sin autorización judicial y sin consentimiento de ningún interlocutor por terceros que toman conocimiento de una comunicación ajena de manera natural. Una de las más representativas es la STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 606/2018, de 28 de diciembre, que se refiere a la grabación de una discusión mantenida en un edificio judicial entre un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía y un superior jerárquico, en la que el primero profiere expresiones ofensivas contra el segundo tales como «payaso» o «que te largues de aquí», en presencia de otros miembros del Cuerpo Nacional de Policía, entre ellos el autor de la grabación, efectuada con su teléfono móvil. Esta grabación fue admitida como prueba en el procedimiento disciplinario abierto contra el mencionado funcionario policial, que fue sancionado por el comisario jefe provincial de Baleares con suspensión de funciones durante cuatro días por la comisión de una falta disciplinaria de carácter leve prevista en el artículo 9 b) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, consistente en «la incorrección con los ciudadanos, o con otros miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, siempre que no merezcan una calificación más grave». Desestimado el recurso de alzada contra la sanción por el director general de la Policía, se presentó recurso contencioso-administrativo, alegando, entre otros motivos, la vulne-

ración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones por basarse la sanción en una grabación obtenida y divulgada por un tercero. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares negó la existencia de dicha vulneración con la siguiente argumentación:

La grabación [...] se produjo en un lugar público, en una conversación mantenida entre [los interlocutores] en voz alta y tono elevado –de la cual podía percatarse cualquier persona que estuviese cerca– y ante la circunstancia de que [el autor de la grabación] –junto a otros miembros del Cuerpo Nacional de Policía– estaba presente, decidiendo grabar con su teléfono móvil ante el cariz que estaba alcanzando la discusión. No se trataba de una conversación privada llevada a cabo mediante sistemas de comunicación a distancia (como correo postal, teléfono o internet), sino que denunciante y denunciado se encontraron en los Juzgados, estando ambos acompañados de otras personas, e intercambiaron una serie de palabras en presencia de los mismos, sin apartarse en ningún momento para hablar en privado (FJ 5.º).

El fragmento de la sentencia citado es del todo coherente con el concepto de comunicación secreta que se propugna en este trabajo y también con el modo en que se configura el ilícito constitucional del artículo 18.3 de la CE. Si la comunicación secreta es aquella que no se da a conocer a terceros y la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones requiere una actuación del tercero encaminada a tomar conocimiento de una comunicación ajena, la conversación que se produce en unas condiciones que la hacen perceptible a personas distintas de los interlocutores –por ejemplo, una discusión en voz alta en presencia de compañeros de profesión– no puede considerarse secreta respecto de dichas personas y, por tanto, la grabación que alguna de estas efectúe de la referida comunicación no puede vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones.

Otra sentencia similar es la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 741/2022, de 12 de abril. En este caso, se analiza la validez como prueba en un proceso judicial de la grabación de una discusión entre un trabajador y el empresario de un bar efectuada por un cliente con su teléfono móvil. Dicha discusión, en la que mediaron insultos del trabajador hacia el empresario, desembocó en el despido disciplinario del primero, basado en la falta muy grave tipificada en el artículo 40.6 de la Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, consistente en infligir «malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave al respeto y consideración al empresario, personas delegadas por este, así como demás trabajadores y público en general». El trabajador interpuso demanda de despido nulo o, subsidiariamente, improcedente ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de San Sebastián, que la desestimó. Contra esta resolución se presentó recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, alegando, como motivo único, que la grabación realizada por el cliente del bar no

debió ser considerada como prueba para valorar la legitimidad del despido, por vulnerar sus derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, dado que el autor de la grabación no participó en la conversación. Frente a este argumento, opone el tribunal que «no es que el cliente [...] se entrometiera en una conversación privada entre trabajador y empresario», sino que «el elevado tono de voz empleado y la propia condición insultante y grosera de las expresiones utilizadas hacen ver que fue [el trabajador] quien impulsó que las personas que estaban en el local oyese sus manifestaciones», rompiendo, así, «la condición reservada de esa conversación, haciéndola pública» (FJ 4.º). En este caso, además, se da la particularidad de que el propio trabajador «expresamente exteriorizó su voluntad de que quería que sus expresiones fuesen oídas por quienes estuviesen en el local», al manifestar, en voz alta, «lo digo aquí porque lo que quiero es que la gente se entere, que sepan que eres un mierda», de modo que «fue la decisión del propio recurrente la que determinó que otros oyese esa conversación y, dada su condición de contenido público, la grabasen» (*idem*)¹⁸.

Por último, cabe mencionar la SAP de Madrid, Sección 2.ª, núm. 591/2021, de 29 de septiembre, que confirma la licitud de una prueba consistente en la grabación de unas amenazas proferidas en público registrada por un tercero presente en el lugar de los hechos. El tribunal –que alude a la intimidad, aunque su argumentación es válida, con mayor razón, para el secreto de las comunicaciones– tiene en cuenta, por una parte, que la conversación grabada es «una discusión en la vía pública, la cual puede escuchar sin proponérselo todo aquel que pase por el lugar», y, por otra, que se trata de una «grabación espontánea [...] de imágenes o palabras que pueden ser constitutivas de un ilícito penal», obtenida sin que «haya sido preciso [...] alterar el estado de las cosas con la instalación no autorizada judicialmente de cámaras o micrófonos ocultos» (FJ 3.º). En efecto, la toma de conocimiento inintencionada –esto es: «sin proponérselo»– de una conversación ajena impide apreciar la existencia de una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, del mismo modo que la grabación espontánea de dicha conversación por un tercero resulta conforme con el artículo 18.3 de la CE.

2.4. El tratamiento civil, penal y administrativo de las grabaciones ambientales que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones

Las grabaciones ambientales realizadas sin autorización judicial por terceros que llevan a cabo alguna actuación encaminada a tomar conocimiento de comunicaciones ajenas

¹⁸ No existía, sin embargo, una autorización expresa para la grabación, lo que impide subsumir este caso en los supuestos de grabaciones de terceros admitidos por el Tribunal Supremo.

constituyen «intromisiones ilegítimas» en el derecho a la intimidad, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, que en su artículo 7 recoge dos supuestos de intromisiones ilegítimas que pueden afectar al secreto de las comunicaciones:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Para que la grabación ambiental afecte al secreto de las comunicaciones, la comunicación ajena debe desarrollarse fuera del campo de percepción natural de la persona que graba. En tal caso, si la toma de conocimiento de la comunicación ajena se obtiene por la colocación de algún aparato de escucha o grabación en un determinado lugar, la grabación se subsumirá en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982; si se obtiene por la utilización *in situ* de dispositivos técnicos –por ejemplo, un amplificador de sonido– u otros medios para el conocimiento de alguna información o dato de la comunicación ajena –por ejemplo, ocultarse en el lugar donde esta se produce–, la grabación se subsumirá en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1982. De acuerdo con lo que se sostiene en este trabajo, el secreto de las comunicaciones constituye una manifestación de la intimidad, de modo que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones implica, necesariamente, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, pues «el art. 18.1 CE no garantiza una "intimidad" determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada [...], con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público» (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º) y, por tanto, con independencia del contenido de la comunicación secreta en la que cada cual participe.

Las grabaciones ambientales vulneradoras del derecho al secreto de las comunicaciones pueden comportar, asimismo, la comisión de un delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 del CP, que castiga con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que, «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, [...] utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación». El injusto de este delito se caracteriza porque «se quebrantan las defensas para conocer la intimidad de otro: se rompen las reservas puestas con respecto a dicha intimidad» (Jareño Leal, 2008, p. 23)¹⁹.

¹⁹ Respecto de la conducta típica alternativa del delito del artículo 197.1 del CP, consistente en apoderarse de documentos o efectos personales «para –también en este caso– descubrir los secretos o vulnerar

El elemento subjetivo «para descubrir los secretos» presupone una actuación de la persona que graba tendente a tomar conocimiento de la comunicación ajena²⁰, lo que no quiere decir que toda grabación ambiental de conversaciones secretas realizada por terceros que lleven a cabo una actuación encaminada a tomar conocimiento de ellas resulte constitutiva del mencionado delito. Para que tal comportamiento se subsuma en el artículo 197.1 de la CP, es necesario que sea la propia grabación el medio del que se valga el sujeto para conocer la comunicación ajena, o que dicha grabación venga precedida de la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión o reproducción del sonido con el mismo fin, pues, de no ser así –por ejemplo, si la grabación se produce tras una escucha directa–, no podrá decirse que el sujeto que graba ha utilizado los mencionados artificios «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro», salvo que en el momento de realizar la grabación tuviese la intención de difundirla, en cuyo caso el derecho fundamental afectado es la intimidad, no el secreto de las comunicaciones²¹. En los supuestos señalados, la decisión de acudir a la vía civil o a la vía penal dependerá, exclusivamente, de la voluntad del sujeto afectado, pues, para castigar los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, es «necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal» (art. 201.1 CP), salvo que el delito haya sido cometido por una autoridad o funcionario público prevaleándose de su cargo, o «afecte a los intereses generales, a una pluralidad de personas o si la víctima es una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección» (art. 201.2 CP).

De lege ferenda, teniendo presente el principio de intervención mínima del derecho penal, podría «replantearse el ámbito de protección del artículo 197.1 CP y limitarlo al núcleo duro de la intimidad» (Juanatey Dorado y Doval Pais, 2010, p. 168), es decir, a aquellos casos en que el hecho afecte «a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual», lo que en la actualidad da lugar al tipo agravado del artículo 197.5 del CP. La existencia de este tipo agravado impide restringir, *de lege lata*, la sanción penal de las grabaciones ambientales vulneradoras del secreto de las comunicaciones a los supuestos de afectación al núcleo duro de la intimidad, pues dicha restricción supondría «dejar sin contenido el tipo básico» (STS, Sala II, núm. 112/2023, de 20 de febrero, FJ 3.º).

la intimidad de otro», el Tribunal Supremo ha señalado que esa acción implica «vencer algún tipo de resistencia, como la impresa en la predisposición de alguna medida o cautela adoptada, precisamente, para evitar el conocimiento por otras personas de datos o informaciones que el directamente interesado buscara preservar» (STS, Sala II, núm. 487/2011, de 30 de mayo, FJ 4.º).

²⁰ En relación con el delito del 497 bis del Código Penal de 1973, antecesor del actual delito del artículo 198.1 del CP, el Tribunal Constitucional señaló que «la sanción penal por el empleo de [artificios para la escucha, transmisión, grabación o reproducción] se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues, al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 8.º).

²¹ Véase *infra*.

Si la grabación ambiental vulneradora del secreto de las comunicaciones la lleva a cabo una autoridad, agente de la autoridad o funcionario público, «mediando causa por delito» y «con violación de las garantías constitucionales o legales», no se aplicará el delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 del CP, sino el delito contra las garantías constitucionales del artículo 536 del CP²², que lleva aparejada pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años. Para ello, es necesario que el sujeto activo realice la grabación extralimitándose en sus funciones investigadoras –por ejemplo, sin contar con la debida autorización judicial–; si, aunque medie causa por delito, la grabación se produce totalmente al margen de la investigación penal, la autoridad, agente o funcionario público responderá por el delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 del CP o, en caso de que se prevalga de su cargo, por el tipo agravado del artículo 198 del CP²³, que comporta la imposición de las respectivas penas en su mitad superior, además de la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años (Morales Prats, 2016, p. 1491).

Finalmente, la realización de grabaciones ambientales vulneradoras del secreto de las comunicaciones puede dar lugar a la comisión de alguna de las múltiples infracciones administrativas contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 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, y en los artículos 72 a 74 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Lo que se protege en estas normas no es el secreto de las comunicaciones, sino el derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE), cuyo contenido aparece definido en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en términos muy amplios:

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso (FJ 7.º).

²² Artículo 536, párr. 1, del CP: «La autoridad, funcionario público o agente de estos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años».

²³ Artículo 198 del CP: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaleándose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años».

Así concebido el derecho fundamental a la protección de datos, cualquier grabación realizada por un tercero vulnerando el secreto de las comunicaciones, en la medida en que supone un tratamiento ilícito de datos personales²⁴, comportaría, *prima facie*, la comisión de la infracción del artículo 72.1 b) de la Ley Orgánica 3/2018, que consiste en «el tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679», infracción calificada como muy grave y sancionada con multa de hasta veinte millones de euros (art. 83.5 del Reglamento [UE] 2016/679). Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha limitado el ámbito de protección del artículo 18.4 de la CE al tratamiento de datos personales «contenidos o [...] destinados a ser incluidos en un conjunto estructurado u organizado de datos personales con arreglo a criterios determinados, es decir, en un fichero que permita acceder de forma sistemática a datos personales» (STC 23/2022, de 21 de febrero, FJ 3.º)²⁵, lo que supone que únicamente las grabaciones automatizadas –por ejemplo, las efectuadas a través de un «sistema de captación y grabación de sonidos [...] que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones» en un determinado lugar (STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 9.º)– o las que se registren manualmente para conformar un conjunto estructurado de datos accesibles de acuerdo con criterios específicos –por ejemplo, las que un sujeto realice con cierta frecuencia para almacenarlas en una carpeta del ordenador o en un USB, que permita realizar búsquedas atendiendo a la identidad de los interlocutores– pueden subsumirse en la citada infracción administrativa²⁶. De este modo, las grabaciones ambientales puntuales quedan excluidas de la normativa de protección de datos (STSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Social, núm. 608/2022, de 15 de junio, FJ 1.º).

²⁴ Téngase en cuenta que el Reglamento (UE) 2016/679 define los «datos personales» como «toda información sobre una persona física identificada o identificable» (art. 4.1) y el «tratamiento» como «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción» (art. 4.2).

²⁵ Esta limitación del ámbito de protección del artículo 18.4 de la CE es coherente con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, que, por una parte, señala que «el presente Reglamento se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero» (art. 2.1) y, por otra, define el «fichero» como «todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica» (art. 4.6).

²⁶ Salvo que las grabaciones ambientales hayan sido efectuadas «por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas», a las que, de acuerdo con el artículo 2.1 c) del Reglamento (UE) 2016/679, no les resulta de aplicación la normativa de protección de datos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que esta excepción, prevista en idénticos términos en el artículo 3.2 de la Directiva 95/46/CE, «debe ser interpretada en sentido estricto» (STJUE, Sala IV, de 11 de diciembre de 2014, asunto C-212/13, § 29). Véase, al respecto, Ramón Díaz (2021).

2.5. Las grabaciones ambientales más allá del secreto de las comunicaciones

2.5.1. La afectación a la intimidad de las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones

Las grabaciones ambientales realizadas por terceros que perciben una comunicación ajena de manera natural no vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones, pues para ello es necesario que el tercero lleve a cabo una actuación encaminada a tomar conocimiento de dicha comunicación. Ahora bien, cabe preguntarse si esa grabación puede vulnerar, de otro modo, la intimidad de la persona o las personas cuyas manifestaciones son grabadas, cuestión que considero que debe ser resuelta del mismo modo que si se tratase de grabaciones efectuadas por alguno de los interlocutores. A estos supuestos se refiere la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que niega la ilicitud de la mera grabación de una comunicación por parte de un interlocutor, pero reconoce la posible afectación de la intimidad por «la ulterior difusión de lo grabado» en el caso de que «lo así transmitido a otros entrase en la esfera "íntima" del interlocutor» (FJ 7.º). Dicha grabación «solo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz" que no cabe identificar en nuestro ordenamiento», donde la propia voz solo se protege «como concreción del derecho a la intimidad [...] en la medida en que la voz ajena sea utilizada *ad extra* y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad» (*ibid.*, FJ 8.º)²⁷.

Por su parte, el Tribunal Supremo afronta la cuestión de la posible vulneración de la intimidad de las grabaciones efectuadas por un interlocutor tomando como punto de partida la siguiente idea:

²⁷ Cabe matizar que, en sentencias posteriores, el Tribunal Constitucional ha incluido entre los «atributos más característicos, propios e inmediatos» de una persona que conforman el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) no solo «la imagen física», sino también «la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona» (STC núm. 117/1994, de 25 de abril, FJ 3.º). Sin embargo, todas las sentencias que se han pronunciado sobre el derecho a la propia imagen versan sobre casos en los que se graba o difunde la imagen (física) de una persona, en cuyo caso «la captación no solo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen» (STC núm. 12/2012, de 30 de enero, FJ 5.º). No existe ninguna sentencia en la que el Tribunal Constitucional declare que la captación o difusión solamente de la voz de una persona pueda vulnerar, por sí misma, su derecho a la propia imagen. El Tribunal Supremo, por su parte, niega dicha posibilidad al señalar que «el derecho a la propia imagen consiste en el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y pretende tutelar la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, a fin de impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado» (STS, Sala I, núm. 8/2023, de 11 de enero, FJ 4.º).

Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico. (STS, Sala II, núm. 178/1996, de 1 de marzo, FJ 1.º).

En estos casos, «no existe una vulneración del derecho a la intimidad», pues la exteriorización de los propios pensamientos «sin coacción de ninguna especie [...] demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás» (STS, Sala II, de 11 de mayo de 1994, FJ 3.º). En consecuencia, «no cabe apreciar que la grabación de una conversación por un interlocutor privado implique la violación de un derecho constitucional» (STS, Sala II, núm. 153/2019, de 21 de marzo, FJ 1.º), salvo que «la conversación tuviera un contenido que afectara al núcleo esencial del derecho a la intimidad», en cuyo caso la vulneración de este derecho se produciría por «la divulgación a terceros del contenido de la grabación» (STS, Sala II, núm. 421/2014, de 16 de mayo, FJ 2.º).

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la mera grabación de una comunicación por parte de alguno de los interlocutores no afecta a la intimidad de ninguna persona. Sí puede afectar a este derecho la difusión de la grabación, en cuyo caso es necesario «que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor» (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º). Teniendo en cuenta que, desde la STC 134/1999, de 15 de julio, el Tribunal Constitucional maneja un «concepto formal de intimidad» (Villaverde Menéndez, 2013, p. 63), que abarca toda «información relativa a la persona y su familia [...] que se desea mantener al abrigo del conocimiento público» (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º), el contenido, incluso banal, de cualquier conversación secreta debe considerarse comprendido en la esfera íntima de aquellos interlocutores que no quieran que sea conocido por terceros, de modo que la difusión de la grabación de dicha comunicación que haga un interlocutor sin el consentimiento de los demás atentará contra el derecho a la intimidad²⁸. Y es que, en una conversación, «la parcela de intimidad que se transmite –representada por lo que se dice– solo se proyecta al interlocutor y debe mantenerse en este círculo amparado por la reservación, salvo que expresamente se permita su salida del mismo» (STS, Sala I, núm. 1168/2000, de 22 de diciembre, FJ 1.º), pues

²⁸ No es así como lo entiende la Sala II del Tribunal Supremo, que toma en consideración el contenido material de la conversación para valorar si su difusión vulnera la intimidad de los interlocutores, si bien no ofrece criterio alguno que permita identificar cuándo una conversación es o no –materialmente– íntima. Por ejemplo, la STS, Sala II, núm. 421/2014, de 16 de mayo, niega el carácter íntimo de una conversación entre cuatro personas mantenida en un despacho profesional, grabada por dos de los interlocutores, porque «no tenía nada que ver con el ámbito de la intimidad personal en ninguna de sus modalidades, sino con un tema empresarial que aparecía contaminado por una actuación previa ilícita consistente en la petición de dinero por parte de los acusados [...] a los dos denunciados» (FJ 2.º).

«a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada» (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º).

Este planteamiento es trasladable, en mi opinión, al análisis de las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones. De acuerdo con el criterio de la expectativa razonable de privacidad, «de no ser escuchado u observado por terceras personas», una conversación en la que los interlocutores se despreocupan de «asegurar la discreción de lo hablado», permitiendo que un tercero escuche, sin proponérselo, su contenido, no puede considerarse íntima (STC núm. 12/2012, de 30 de enero, FJ 5.º). Lo que ocurre más bien es que a ese tercero se le hace partícipe indirecto de la conversación y, por tanto, los interlocutores no pueden imponerle «su voluntad de no dar[le] a conocer» lo comunicado, pero sí prohibirle «su difusión no consentida» (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º). Por eso, las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones tampoco atentan contra el derecho a la intimidad, salvo que vayan seguidas de su difusión y esta no cuente con el consentimiento de los interlocutores²⁹.

La difusión inconsentida de grabaciones ambientales efectuadas sin vulnerar el secreto de las comunicaciones puede comportar responsabilidades civiles e, incluso, penales. La Ley Orgánica 1/1982 incluye entre las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre» (art. 7.3), supuesto en el que subsumen los casos de difusión de grabaciones ambientales cuyo contenido afecte a la reputación y buen nombre de alguno de los interlocutores que no consientan su publicación. Esta afectación al honor no es, sin embargo, un requisito para que la divulgación de la grabación constituya intromisión ilegítima a los efectos de la citada ley, pues su artículo 1.1 dice que el derecho a la intimidad «será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas», no solo de las enumeradas en el artículo 7. De acuerdo con el Tribunal Supremo, «los supuestos de intromisión ilegítima del art. 7.º de la Ley Orgánica 1/1982 no constituyen *numerus clausus* en cuanto que caben otras hipótesis que, aunque no previstas, guarden una cierta homogeneidad» (STS, Sala I, núm. 799/2004, de 19 de julio, FJ 4.º)³⁰. Pues bien, creo que es evidente la homogeneidad que existe entre la conducta de «revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo» (art. 7.3, *in fine*, Ley Orgánica 1/1982) y la de divulgación de grabaciones de conversaciones privadas: en ambos casos, se transmiten aspectos de la vida privada de una persona a terceros, lo que constituye una intromisión ilegítima en el derecho

²⁹ Como dice la STS, Sala I, núm. 26/2014, de 31 de enero, «el titular del derecho puede renunciar a parte de su intimidad aceptando ser oído por las personas que se encuentran alrededor y no por ello ha de perder su derecho a oponerse a que dichas palabras se reproduzcan en un programa de televisión» (FJ 6.º).

³⁰ Por ejemplo, en la STS, Sala I, núm. 278/2021, de 10 de mayo, se apreció homogeneidad entre la conducta consistente en la colocación de un dispositivo de GPS en un vehículo y los supuestos de los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 (FJ 4.º).

a la intimidad salvo «cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso» (art. 2.2 LO 1/1982).

El sujeto que graba una conversación privada –propia o ajena– sin vulnerar el secreto de las comunicaciones y posteriormente la difunde sin consentimiento de alguno de los interlocutores también puede incurrir en responsabilidad penal. El delito del artículo 197.1 del CP tipifica la utilización de artificios técnicos de grabación «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro», elemento subjetivo que se cumple cuando quien graba la conversación lo hace «para difundirla después, pues al hacer esto descubrirá necesariamente (ante terceros) los secretos de otro o vulnerará su intimidad» (Juanatey Dorado y Doval Pais, 2010, p. 143). Para los casos en que se produzca la efectiva difusión de la grabación obtenida sin vulnerar el secreto de las comunicaciones, la aplicación del tipo agravado del artículo 197.3 del CP³¹ solo puede plantearse cuando, además de las voces, se hayan registrado imágenes de los interlocutores; fuera de estos supuestos, el tenor literal del precepto presupone un descubrimiento ilícito previo al momento de la divulgación, lo que implica que solo pueda realizar el tipo agravado el tercero que graba la conversación, vulnerando el secreto de las comunicaciones.

Ahora bien, si el contenido de la grabación posee interés público, su difusión puede resultar justificada por el ejercicio del derecho a la libertad de información (art. 20.1.d CE). Solo en ese caso «puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad» (STC núm. 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3.º). Así pues, para «valorar si lo divulgado ha de quedar reservado al ámbito de la intimidad o, por el contrario, puede ser objeto de información pública, el criterio determinante es la relevancia para la comunidad de la información que se comunica», debiendo tratarse de «hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos» y no que simplemente susciten «la curiosidad humana en la vida de otros» (STC núm. 115/2000, de 5 de mayo, FJ 9.º).

2.5.2. La utilización como prueba de las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones

Las grabaciones ambientales de comunicaciones pueden ser utilizadas como prueba en procedimientos judiciales o administrativos. Entre los medios de prueba que prevé la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), admisibles también en los procedimientos administrativos³²,

³¹ Artículo 197.3, párr. 1, del CP: «Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores».

³² El artículo 77.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, dice que «los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán

se encuentra «la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes» (art. 382.1). Por tanto, la mera aportación a un procedimiento de una grabación ambiental no puede considerarse, en ningún caso, intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de las personas que intervienen en la conversación registrada. Solo las partes, los profesionales que les asisten y quienes prestan sus servicios en el correspondiente órgano tienen acceso a los documentos incorporados en un procedimiento judicial o administrativo, lo que impide calificar como difusión o divulgación la aportación como prueba de una grabación o de cualquier otro documento, pues con ello «no se "expone" [su contenido] al público» (SAP de Madrid, Sección 16.ª, núm. 790/2012, de 12 de noviembre, FJ 2.º).

Es cierto que, en caso de admitirse la grabación ambiental como prueba en un proceso judicial, su práctica, como regla general, tiene lugar «en audiencia pública» (art. 138.1 LEC), «con posible presencia de personas totalmente ajenas» al procedimiento (SAP de Barcelona, Sección 6.ª, núm. 219/2006, de 10 de marzo), lo que supone una puesta a disposición del público del contenido de la grabación. Pero esta exposición pública tampoco constituye una intromisión ilegítima en la intimidad de los interlocutores en la medida en que es autorizada «por la Autoridad competente de acuerdo con la ley» (art. 8.1 Ley Orgánica 1/1982). Además, en consideración a «la protección de la vida privada de las partes», el juez o tribunal competente puede acordar que las actuaciones de prueba se celebren «a puerta cerrada» (art. 138.2 LEC), de modo que también durante la práctica de la prueba la grabación ambiental admitida como prueba es «susceptible de la pertinente reserva que impide su difusión fuera del marco procedimental correspondiente» (SAP de Madrid, Sección 7.ª, núm. 118/2005, de 7 de diciembre, FJ 2.º). Incluso si, una vez iniciado el procedimiento, se hiciese un «uso extraprocesal indebido» de dicha grabación, ello «podría dar lugar a acciones por intromisión ilegítima, pero no contaminarían de nulidad a este medio de prueba, pues lo ilegítimo habría sido esa difusión, pero no la aportación en el Juzgado» (STSJ de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, núm. 20/2013, de 12 de junio, FJ 2.º).

Para que la grabación ambiental pueda producir efectos probatorios, debe haberse realizado sin vulnerar ningún derecho fundamental. Del artículo 24 de la CE se deriva, como garantía aplicable no solo a los procedimientos judiciales, sino también a los administrativos sancionadores, «la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales» (STC 81/2000, de 27 de marzo, FJ 2.º), prohibición consagrada legalmente en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dice que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Por tanto, «los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales» (STC núm. 86/1995, de 6 de junio, FJ 2.º).

acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

Si la grabación ambiental constituye una actuación encaminada a tomar conocimiento de una conversación ajena secreta o viene precedida de dicha actuación, no podrá ser admitida como prueba al vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones. Esa grabación será constitutiva del delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 del CP –en caso de que se utilicen «artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación», para conocer la conversación ajena y no simplemente para perpetuar lo que se escucha de manera directa, aunque ilícitamente, sin recurrir a dichos artificios técnicos– o de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, subsumible en los apartados 1 o 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 –en todo caso–. Ahora bien, la aportación de la grabación así obtenida a un procedimiento judicial o administrativo no podrá dar lugar al tipo agravado del artículo 197.3 del CP, pues en estos casos cabe presumir que «el sujeto confía en la discreción del órgano correspondiente», no habiendo «dolo de difundir, sino de conseguir una mejor defensa de los propios intereses» (Jareño Leal, 2008, p. 91).

Si no hay vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, la grabación ambiental constituirá, en principio, una prueba lícita, con independencia de que haya sido realizada por un interlocutor o por un tercero. Para ello, es suficiente con que la conversación grabada se desarrolle de manera espontánea, es decir, que no haya sido provocada por alguno de los interlocutores «con la premeditada pretensión de hacerle manifestar [a otro] hechos que pudieran ser utilizados en su contra», en cuyo caso «el interlocutor grabado no se despoja de manera voluntaria y libre de sus manifestaciones sino que, en cierto modo, se le arrancan o extraen de modo torticero» (STS, Sala II, núm. 1066/2009, de 4 de noviembre, FJ 3.º), lo que comporta una vulneración de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE) «cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión», o del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en los demás supuestos (STS, Sala II, núm. 652/2016, de 15 de julio, FJ 12.º). Estas excepciones a la licitud de las grabaciones ambientales efectuadas sin vulnerar el secreto de las comunicaciones es difícil que se den en los casos en que el autor de la grabación es un tercero que registra la conversación sin consentimiento de los interlocutores.

Todos los casos analizados en este trabajo de grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones admitidas como prueba por los órganos jurisdiccionales refieren a conversaciones en las que el interlocutor que impugna la licitud de la grabación vierte expresiones antijurídicas –amenazas o insultos–, no en las que reconoce la comisión de una infracción o cualquier hecho que pueda ser utilizado en su contra³³. En ambos casos, la grabación sirve para «proporcionar credibilidad» a las manifestaciones inculpativas que se realicen posteriormente en un procedimiento judicial o

³³ Véase *supra*.

administrativo, lo que justifica que también deban admitirse como prueba las grabaciones de reconocimiento de hechos efectuadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones cuando la conversación «no aparece en la causa como provocada» (STS, Sala II, núm. 623/2020, de 19 de noviembre, FJ 1.º).

3. Conclusiones

1. El derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) impide que cualquier persona se entrometa o inmiscuya, sin autorización judicial, en conversaciones ajenas, ya sean telemáticas o directas, en las que sus interlocutores alberguen expectativas razonables de privacidad. Solo se quebranta el secreto de una comunicación cuando un tercero lleva a cabo alguna actuación encaminada a tomar conocimiento de ella, comportamiento implícito en los supuestos de interceptación de las comunicaciones telemáticas. En cambio, ninguna vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones se produce cuando terceros acceden al contenido de una conversación sin proponérselo –por ejemplo, al emplear los interlocutores un tono de voz elevado en un lugar en cuyas inmediaciones se encuentran más personas, permitiéndoles escuchar lo que dicen–, lo que solo es factible en las escuchas y grabaciones ambientales.

2. Del mismo modo que un sujeto puede grabar la conversación en la que participa sin el consentimiento de los demás interlocutores, también puede hacerlo el tercero que toma conocimiento de una conversación ajena sin vulnerar el secreto de las comunicaciones. Por el contrario, la grabación efectuada por quien accede ilícitamente a la comunicación es constitutiva de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) subsumible en los apartados 1 o 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 y puede dar lugar a un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 del CP si se utilizan artificios técnicos con el fin de conocer comunicaciones ajenas, e, incluso, a la comisión de una infracción administrativa prevista en la normativa de protección de datos en caso de que se lleven a cabo grabaciones automatizadas o destinadas a ser incluidas en ficheros accesibles de forma sistemática.

3. Ahora bien, la licitud de las grabaciones ambientales obtenidas sin vulnerar el secreto de las comunicaciones no comporta la licitud del uso posterior que se haga de ellas. La difusión o divulgación de dichas grabaciones, esto es, su puesta al alcance del público, sin consentimiento de todos los interlocutores que participen en la conversación grabada, supone una vulneración del derecho a la intimidad, cualquiera que sea su contenido, pues, al igual que sucede con el secreto de las comunicaciones, la intimidad constituye un concepto formal, que impide que terceros accedan al «contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público» (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º). Tal comportamiento también constituye un ilícito civil, en este caso subsumible en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982, y puede igualmente comportar la comisión del delito del artículo 197.1



del CP si en el momento de efectuar la grabación el sujeto tiene la intención de hacerla pública y no simplemente de perpetuarla.

4. Las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones pueden ser aportadas como prueba en procedimientos judiciales o administrativos. Este uso de las grabaciones no constituye ninguna intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de las personas que participan en la conversación grabada, pues uno de los medios de prueba expresamente recogidos en la LEC es, precisamente, «la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes» (art. 382.1), cuya práctica debe ser acordada por la autoridad judicial o administrativa competente. Su inadmisión, por considerarse prueba ilícita, solo tendrá lugar cuando la conversación objeto de la grabación haya sido provocada con el fin de que alguno de los interlocutores manifieste hechos que puedan ser utilizados en su contra, lo que constituye una violación del artículo 24.2 de la CE.

Referencias bibliográficas

- Carrión Olmos, S. (2007). El derecho a la intimidad. En J. R. de Verda y Beamonde (Coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (pp. 93-118). Aranzadi.
- Díaz Revorio, F. J. (2006). El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. *Derecho PUCP*, 59, 159-175.
- Elvira Perales, A. (2020). Derecho al secreto de las comunicaciones. En F. J. Matia Portilla y G. López de la Fuente (Dir.), *De la intimidación a la vida privada y familiar* (pp. 115-140). Tirant lo Blanch.
- Frigols i Brines, E. (2010). La protección constitucional de los datos de las comunicaciones: delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías. En J. Boix Reig (Dir.), *La protección jurídica de la intimidad* (pp. 37-91). Iustel.
- González Cussac, J. L. (2020). Tutela penal de la intimidad y grabación de la conversación por uno de los interlocutores. *Revista Penal*, 46, 95-108.
- Jareño Leal, A. (2008). *Intimidación e imagen: los límites de la protección penal*. Iustel.
- Jiménez Campo, J. (1987). La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, 35-82.
- Juanatey Dorado, C. y Doval Pais, A. (2010). Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes. En J. Boix Reig (Dir.), *La protección jurídica de la intimidad* (pp. 127-169). Iustel.
- Martín Morales, R. (1995). *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Civitas.
- Montón Redondo, A. (1995). Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas. *La Ley*, 4, 1.042-1.052.
- Morales Prats, F. (2016). Artículo 198. En G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español* (7.ª ed., tomo 1, pp. 1489-1492). Aranzadi.
- Ocón García, J. (2021). *Derecho fundamental al secreto y tecnologías avanzadas de comunicación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ramón Díaz, A. (2021). Estudio de la excepción de aplicación material del Reglamento 2016/679, General de Protección de Datos, consistente en tratamientos efectuados por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. *La Ley Privacidad*, 8.
- Rebollo Delgado, L. (2000). El secreto de las comunicaciones: problemas actuales. *Revista de Derecho Político*, 48-49, 351-382.
- Ridaura Martínez, M. J. (2017). El legislador ausente del artículo 18.3 de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, 100, 347-404.
- Rivero Sánchez-Covisa, F. J. (2017). *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*. Dykinson.
- Rodríguez Lainz, J. L. (2013). El principio de la expectativa razonable de confidencialidad en la STC 241/2012, de 17 de diciembre. *Diario La Ley*, 8122.
- Rodríguez Lainz, J. L. (2016). *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*. Sepin.
- Rodríguez Lainz, J. L. (2017). Intervención judicial de comunicaciones vs. registro remoto sobre equipos informáticos: los puntos de fricción. *Diario La Ley*, 8896.



Rodríguez Montañés, T. (2018). Artículo 18.3. El secreto de las comunicaciones. En M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española* (tomo I, pp. 544-561). Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.

Rodríguez Ruiz, B. (1998). *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw Hill.

Villaverde Menéndez, I. (2013). La intimidad, ese «terrible derecho» en la era de la confusa publicidad virtual. *Espaço Jurídico: Journal of Law*, 14(3), 57-72.

David Colomer Bea. Profesor permanente laboral de Derecho Penal en la Universitat de València. Profesor colaborador de la Universitat Oberta de Catalunya. Coordinador de estudiantes del Máster de Abogacía y Procura de la Universitat de València. Premio de Estudios Jurídicos Universitarios Manuel Broseta Pont (2015). Autor de la monografía *El tratamiento penal de los desórdenes públicos* (2021, Tirant lo Blanch), en el marco del proyecto «Justicia Penal Preventiva y Tutela del Orden Público» (ref.: DER2016-77947-R). <https://orcid.org/0000-0002-0310-4409>

Curatela representativa cuando la guarda de hecho no cubra las necesidades provocadas por la discapacidad

Comentario a la STS de 20 de octubre de 2023

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

jesquivias1959@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

En esta sentencia el Tribunal Supremo desestima un recurso del Ministerio Fiscal porque considera adecuado el apoyo judicial con una curatela representativa, acordado por el juzgado de primera instancia y ratificado después por la audiencia que desestima la apelación. Lo importante aquí es el estudio que se hace del alcance de la aplicación de un apoyo judicial no obstante existir la guarda de hecho. La sentencia estudia la posibilidad de adoptar medidas de apoyo judiciales aun cuando ya exista una guarda de hecho, o aun cuando hubiere otra u otras de carácter voluntario. Con respeto absoluto al discapacitado, interpreta la nueva normativa a raíz de la Ley 8/2021, de 2 de junio, atendiendo a las circunstancias del caso, que son determinantes, huyendo así del rigorismo de la aplicación automática de una norma que pareciera querer soslayar la intervención judicial. Es importante destacar que las medidas de apoyo (guarda de hecho o curatela representativa) son complementarias o pueden acordarse por separado. Es decir, la existencia de una guarda de hecho, si es suficiente tanto en lo asistencial como en lo representativo, no precisa de ninguna otra. Pero también, cuando no cubre todo lo necesario –y ocurre en este caso que el hijo está pidiendo una curatela representativa en el ámbito patrimonial– convive con la curatela por virtud de la disposición legal que así lo contempla, concretamente el último párrafo de los artículos 255 y 263 del CC.

La demanda se interpone al amparo de la legislación anterior, por consiguiente, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de modificación de la norma procesal y sustantiva en materia de apoyo a las personas con discapacidad. El único hijo de la persona con discapacidad (con trastorno delirante senil) solicitaba que fuera nombrado tutor de su padre, con quien convive.

Sobre la base del informe médico forense, se concluye: «Padece de un deterioro severo de sus funciones cognitivas, volitivas e intelectivas» y «carece por completo de autonomía alguna, precisando incluso para la supervivencia el apoyo que le prestan terceras personas».

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 30 de noviembre de 2023).

Y sobre este criterio de capacidad la sentencia de primera instancia aplica la nueva normativa actual, y valora la conveniencia de nombrar un curador representativo en la persona de su hijo, porque no existe autonomía ni personal ni patrimonial. Obsérvese que viene ejerciendo la guarda de hecho y que se trata del único hijo con quien convive en el domicilio. También queda reflejado –porque lo considera importante la sentencia– que el padre lo quiere a él.

El fiscal considera que la guarda de hecho que viene ejerciendo el hijo es suficiente como medidas de apoyo, y que no precisa de curatela. Recurrida en apelación, la audiencia desestima el recurso.

Se recurre en casación por el Ministerio Fiscal al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º y 477.3 de la LEC, por cuanto la sentencia que se recurre infringe los artículos 255, 263 y 269 del CC, tratándose de normas cuyo contenido fue dado por la Ley 8/2021, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, no existiendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a las mismas.

El argumento esencial es el siguiente:

En el presente caso, no sería necesaria la curatela como medida de apoyo, ni sin justificación alguna otorgar funciones representativas para todo acto en la esfera personal y patrimonial, no explicándose el motivo de la decisión de esta medida judicial de apoyo, en la que no se concretan los actos (se hace de forma genérica), ni da la más mínima explicación de por qué se atribuye facultades representativas, máxime cuando no existe una necesidad presente ni del guardador, ni del discapaz, sino que se confiere poderes representativos para posibles actos futuros, cuando dichas necesidades, de llegar a producirse, tienen su trámite en los artículos 287 del Código Civil, en relación con los artículos 61 y siguientes de la Ley de jurisdicción voluntaria.

Pues bien, dicho lo anterior, no podemos eludir la importante sentencia del Pleno 589/2021, de 8 de septiembre (NormaCEF NCJ065683), que, por primera vez, resuelve un recurso de casación sobre el régimen de provisión de apoyos de la nueva Ley 8/2021, en función de la normativa. A su vez, recoge las palabras de la sentencia núm. 589/2021; sentencia que se centra en la guarda de hecho, pero que nos sirve para este comentario en la medida en que se refuerza el conocimiento más completo del espíritu de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre las distintas medidas de apoyo a las personas con discapacidad y la justificación de la intervención judicial excepcional, pues se parte de la dignidad de la persona con discapacidad y del reconocimiento máximo de su autonomía y de su capacidad de decisión, con el fin de que los apoyos voluntarios (o la guarda de hecho) sean los principales y ordinarios y los judiciales subsidiarios.

1. De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos:

- i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica;
- ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»;
- iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que solo se acordarán en defecto o insuficiencia de estas últimas;
- iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y
- v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Por consiguiente, queda claro el carácter subsidiario de las medidas de apoyo judicial respecto de las voluntarias y que, de adoptarse por razones de insuficiencia o de ausencia de las mismas, se tendrán en cuenta los criterios de voluntad, deseos y preferencias del discapacitado, así como la proporcionalidad y necesidad.

Pero la sentencia que comentamos, con el fin de justificar la medida de curatela representativa del hijo sobre el padre, hace referencia a los criterios en que se sustenta: preferencia del padre por el hijo y, sobre todo, la necesidad de asistir a una cuestión patrimonial en concreto, que sin el apoyo judicial sería imposible (el padre sale de casa y saca dinero del banco o apertura cuentas; hechos que no puede controlar el hijo y que pueden justificar la curatela representativa en el ámbito patrimonial). Justificación que viene amparada en el artículo 268 del CC:

Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Por otro lado, si leemos la exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, observaremos que se ratifica la fuerza expansiva de la figura de la guarda de hecho, al constituirse como un instituto jurídico de verdadero apoyo, dejando de ser temporal cuando se demuestra «suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad». Pero también que la insuficiencia para los casos que requieran representación del discapaz sí justifica la intervención judicial. Este es el supuesto que plantea la sentencia, dando la razón a la audiencia provincial.

La importancia que adquiere la guarda de hecho ya fue detectada y comentada en la sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sección 1.ª, de 23 de enero de 2023, núm. 66/2023, rec. núm. 9739/2021:

De esta forma, la Ley 8/2021 ya no contempla la guarda de hecho como una situación transitoria y provisional, avocada a desaparecer, tal como se introdujo en la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, en la que debía dar tránsito a una medida institucional y de nombramiento judicial.

Por eso queda reforzado el contenido del artículo 263 del CC, que mantiene al guardador en el desempeño de sus funciones cuando actúa adecuadamente «incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente». Y, por ello, el nombramiento de una curatela representativa no es incompatible con las funciones de guarda de hecho que viene ejerciendo el hijo respecto de su padre. Ni lo es con la de nombramiento de defensor judicial para un asunto puntual que no puede atender el guardador de hecho. Por otro lado, y como indica la sentencia anterior, el control de las funciones del guardador es importante, pues el artículo 52.2 de la Ley de la jurisdicción voluntaria prevé el control y la vigilancia por la autoridad judicial, a instancias del Ministerio Fiscal, «de la persona que precise medidas de apoyo o de cualquiera que tenga un interés legítimo».

El argumento de apoyo judicial viene perfectamente indicado en la referida exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio. No hace referencia la sentencia del Supremo a dicha exposición, pero se deduce de su razonamiento jurídico que se ampara en el precepto correspondiente, precisamente los mismos que considera vulnerados el Ministerio Fiscal. Se dice así:

La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias.

Bien es cierto que el apoyo se enmarca dentro de la figura de la guarda de hecho y que la sentencia admite la curatela representativa. Pero se infiere que la intervención judicial puede venir justificada por la naturaleza de la función, por la petición expresa de quien ejercer la guarda y por la necesidad y proporcionalidad. Es cierto que la ley, al tiempo que considera excepcional la curatela representativa, también la denomina principal medida de apoyo, admitiendo la medida «en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional»,

para que pueda atribuirse al hijo con funciones representativas (control de los actos del padre, diagnosticado de demencia senil severa) la facultad de evitar la disposición de las cuentas de la administración de los bienes, si fuera el caso. Ahora bien, no cabe negar la existencia de ciertas restricciones que en la práctica se pudieran dar, como, por ejemplo, el conflicto de intereses entre el discapacitado y el guardador, los abusos, las influencias indebidas, la existencia de varios familiares que se opongan al ejercicio de quien estuviera ejerciéndola, etc.

Pues bien, una vez comentada la importancia de la guarda de hecho y la excepcionalidad de la intervención judicial, y centrados más en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2023, conviene ahora ilustrar más convenientemente sobre las distintas posibilidades legales de apoyo y la justificación del tribunal sobre la curatela representativa acordada, que debe tener como referencia obligada el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, por cuanto supone el reconocimiento de la personalidad jurídica de toda persona discapacitada y el derecho que tiene a obtener el apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad jurídica, reconociendo la «necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso».

Las medidas de apoyo –dice la sentencia– para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. La de carácter voluntario son las acordadas por la persona con discapacidad, que designa quién va a prestar el apoyo y con qué alcance.

Respecto de la guarda de hecho que el fiscal solicita, el precepto la configura como una medida «informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente». A su vez, el defensor judicial es una medida puntual de apoyo, ocasional y puede ser concurrente con las otras previstas legalmente.

Lo que justifica la intervención judicial, o el nombramiento de apoyos judiciales, viene regulado en el artículo 255 del CC, en el último párrafo: «Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias». Por tanto, la medida judicial de apoyo es subsidiaria de las anteriores voluntarias. De ahí que la sentencia haga la siguiente precisión: «Pero también forma parte de la ratio de la norma que la provisión judicial no deviene precisa si las necesidades, de carácter asistencial y de representación, generadas por la discapacidad están satisfechas por una guarda de hecho. Matización importante no concurrente en este caso, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto resuelto por la sentencia 66/2023, de 23 de enero». No precisa de constitución formal, basta el mero ejercicio en interés del discapacitado, en su beneficio.

Sin embargo, que cada caso deba ser interpretado según sus circunstancias y la finalidad de la nueva norma no impide la intervención o el apoyo judicial en todo caso. Solo se manifiesta la voluntad del legislador de mantener el mayor grado de decisión de las personas en función de su discapacidad, primando su voluntad. Y sucede que, en este caso, el hijo solicita la curatela

representativa sobre todo porque la necesita en el ámbito patrimonial (resalta la sentencia que el anciano se va de casa sin avisar y saca dinero del banco o abre nuevas cuentas bancarias).

El Tribunal Supremo se ve obligado a interpretar esta nueva norma (art. 255 CC, último párrafo), diciendo algo lógico: no se puede interpretar rígidamente la norma para eliminar la aplicación de figuras judiciales de asistencia o protección del discapaz, de tal suerte que la guarda de hecho vacíe de sentido a la curatela, o que nos viéramos obligados a revisar toda tutela constituida con anterioridad a la norma para transformarla en guarda de hecho con la nueva. Para el Supremo, la petición expresa de apoyo judicial del hijo es significativa y lo importante es quién lo presta –y para qué–, no la figura jurídica que se adopte (guarda de hecho o curatela). Tan válido es no constituir una curatela cuando basta la guarda de hecho, como transformar esta en curatela si las circunstancias del caso lo aconsejan. Como válido es igualmente que se complemente la guarda de hecho con una curatela en aquellas funciones asistenciales o de representación que no alcance. Y por lo mismo, se puede decir que no toda tutela antigua debe transformarse necesariamente en curatela o en guarda de hecho, pues la revisión de las medidas anteriores a la Ley 8/2021 puede incluso llevar al archivo del expediente, por no ser necesario mantener la figura judicial. Al fin y al cabo, se actúa por expresa disposición legal, concretamente por el mandato del artículo 255 del CC en el último párrafo.

Lo dicho viene corroborado por el artículo 263 del CC: «Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente». Y el artículo 269 es compatible con el último párrafo del 255, al establecer que «la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad». Pero, para tomar esa decisión de complementar la medida de hecho con el apoyo judicial, ha de examinarse el caso en concreto, y si bien la sentencia ha atendido a las causas descritas, la realidad demostrará otras precisas para complementar el apoyo, previniendo los supuestos claros de incompatibilidad según dispone el artículo 250 del CC: «No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo». Finalmente, cabe afirmar que la curatela representativa debe especificar la función encomendada, dado su carácter permanente: «La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo». Por eso, la sentencia de la audiencia acuerda mantener las medidas acordadas por el juzgado de instancia, no solo de contenido personal de ayuda o apoyo sanitario o médico, sino de dinero de uso ordinario, que se corresponden con medidas de representación para llevar a cabo actos administrativos, o «de contratación», porque no puede prestar un consentimiento válido. Luego se concretan esos actos. En definitiva, cuando se acuerda una curatela representativa debe especificarse la extensión y los límites de la misma.

Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y el autónomo como consumidor

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid (España)
an.medrano@poderjudicial.es | <https://orcid.org/0000-0003-4740-6836>

Enunciado

Por la Asociación de Usuarios Financieros (Asufin) se ha presentado una demanda en nombre de uno de sus asociados contra la entidad Bank Onter, SA, en el ejercicio de una acción en la que se solicita la nulidad del contrato de permuta financiera al amparo del artículo 1303 del CC con restitución de prestaciones, y subsidiariamente, que se declare el incumplimiento contractual esencial por parte de la demandada en la venta de la permuta financiera, en aplicación de los artículos 255 y 259 del CCom., 6.3, 1258, 1261 y 1124 del CC, y 79 de la LMV, y todo ello con la imposición a la parte demandada de los intereses de los artículos 1101 y 1108 del CC, así como las costas procesales de esta instancia.

Por la entidad bancaria como parte demandada, con carácter previo a entrar en el fondo del asunto, se contesta a la demanda destacando el carácter de no consumidor del asociado y, en conexión con ello, excepciona la falta de legitimación *ad causam* de Asufin, como cuestión a resolver con carácter previo. En relación con la cuestión de fondo, niega que la normativa de la LMV sea aplicable al presente caso, además de razonar en el sentido de que los deberes de información por parte del banco se han cumplido plenamente, siendo consciente el asociado de los riesgos asumidos con la firma de su contrato, negando que hayan existido perjuicios para el mismo, todo ello en los términos que constan en su contestación a la demanda.

¿Tiene Asufin legitimación activa para la presentación de esta demanda?

Cuestiones planteadas:

- La legitimación activa para el ejercicio de acciones por parte de las asociaciones de consumidores, en nombre de sus asociados.
- El necesario análisis del concepto de consumidor y los casos dudosos de asociado no consumidor. Consecuencias procesales de ello.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Planteada la cuestión de la legitimación activa para esta demanda en los términos expuestos, el debate entre las partes pasa por resolver en primer lugar si concurre o no la excepción planteada por la entidad bancaria en su contestación a la demanda, ante la posible falta de legitimación *ad causam* de la asociación Asufin en relación con el carácter de no consumidor del asociado respecto del cual interpuso la demanda, y en los términos que es expuesta la misma por la demandada.

La estimación de esta excepción resulta ser una decisión que ha de pasar previamente por el examen de dos aspectos: por un lado, la legitimación activa de las asociaciones de consumidores para accionar judicialmente en nombre de sus asociados, no siendo estas asociaciones las que contratan y firman los productos bancarios ni las directamente afectadas por las consecuencias de las decisiones judiciales que se adopten, y por otro lado, debe analizarse cuál es el concepto legal de consumidor en relación con la precitada legitimación activa. Una vez verificado el análisis de estas dos vertientes de la excepción planteada, será preciso razonar la aplicación de estos argumentos a los elementos de hecho de nuestro supuesto, para llegar a la conclusión de que la excepción debe ser estimada.

Comenzando por orden inverso por el segundo de los aspectos citados en el párrafo anterior (delimitación legal del concepto de consumidor), y acudiendo a la normativa reguladora en materia de consumidores y usuarios, a efectos de la ley para la defensa de los consumidores y usuarios son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial o empresarial, y además de la definición sobre consumidor y usuario dada por el Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril (Norma CEF NCL001855) define como consumidor en su artículo 2, a «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional».

Como vemos, la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios tiene una concepción más amplia sobre el concepto de consumidor, pues incluye en el mismo tanto a las

personas físicas como a las jurídicas, mientras que la directiva europea se ciñe en su definición a las personas físicas.

Tal y como se expone en la sentencia civil núm. 205/2016, de la Audiencia Provincial de Badajoz,

es verdad que, a diferencia de la normativa europea, en España las personas jurídicas pueden ser también consumidores. Ahora bien, la nota esencial que diferencia a un profesional y a un consumidor es la ajenidad a la actividad profesional. Así, el artículo 3 del Código del Consumidor (Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), en la redacción vigente al tiempo de suscripción del contrato litigioso, tenía por consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. En la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (en vigor desde el 29 de marzo de 2014), todavía se clarifica más el concepto, al definir al empresario como aquella persona que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Asimismo, el artículo 3 del Código del Consumidor tiene por consumidores a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 3 de septiembre de 2015 (NormaCEF NCJ060447), para diferenciar entre consumidores y no consumidores, señala que

lo determinante no son las condiciones subjetivas del contratante sino el destino de la operación: el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio. Conforme al Derecho de la Unión Europea, es consumidor toda persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Así, un abogado puede ser consumidor cuando actúa con tal propósito.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en la sentencia núm. 364/2016 (NormaCEF NCJ061286), acerca de un préstamo hipotecario, exige comprobar si el préstamo es para la actividad empresarial o para mero uso personal, y negó al prestatario la condición de consumidor porque su destino era una oficina de farmacia. Y la misma postura tuvo el tribunal en la sentencia núm. 246/2014, en la que expuso que «el préstamo tenía por objeto la compra de un despacho para ejercer una actividad profesional».

Pero al margen de esta muestra de referencias jurisprudenciales de distintas instancias, todas ellas coincidentes en lo que a la resolución del caso importa, el artículo 3 del Real Decreto legislativo 1/2007 (NormaCEF NFL010947) proporciona el concepto legal al decir que

a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Como observamos, la Ley 3/2014, que modificó la normativa citada en relación con el concepto de consumidor del artículo 3, ha venido a mantener como dato esencial diferenciador entre el consumidor y el que no lo es el hecho de que haya actuado con un propósito ajeno a su actividad empresarial o comercial, añadiendo para las personas jurídicas que además actúen sin ánimo de lucro.

Tras haber delimitado el concepto de consumidor, tanto legal como jurisprudencialmente, y acudiendo ya a nuestro caso concreto en aplicación de todo lo antedicho, la evidencia de que el asociado no es un consumidor resulta indiscutible, encontrándonos en tal sentido ante un hecho ni siquiera controvertido, ya que el citado asociado reconoce sin reparo alguno que su profesión es la agente comercial y que ejerce su profesión tanto como autónomo como en su calidad de administrador único de su empresa, e igualmente reconoce que solicitó un préstamo a Bank Ontar para la compra de un local, en el cual ejerce su actividad empresarial. A partir de ello queda probado y afirmamos que nuestro asociado era un autónomo que nunca actuó en la operación cuya nulidad insta, con un propósito ajeno a su actividad comercial y empresarial, sino precisamente con la finalidad contraria, es decir, firmó un contrato principal asociado al de intercambio para que ambos surtieran sus efectos en su actividad empresarial. El asociado de Asufin no es un consumidor, pues como acaba de precisar la sentencia del TJUE, lo esencial es comprobar con qué finalidad se adquiere el bien.

Argumentando sobre el otro aspecto que ya antes citamos (la legitimación activa de las asociaciones de consumidores para accionar judicialmente en nombre de sus asociados), este punto ya ha sido objeto de importantes resoluciones judiciales que constituyen ya un cuerpo de doctrina consolidado en el sentido de reconocerse a estas asociaciones esta legitimación, tanto para las acciones colectivas como para las individuales de sus asociados, todo ello en interpretación del artículo 11 de la LEC.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 2018 señala que

la legitimación de las Asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los derechos de sus asociados, que establece el art. 11 LEC, no es un supuesto de simple representación, pues el representante actúa en nombre de otro, que es quien en realidad es parte, mientras que en los casos del art. 11 LEC, es parte procesal la propia asociación y no sus miembros, por lo que no estamos ante una representación legal o voluntaria, sino ante una legitimación extraordinaria.

Nuestro Tribunal Constitucional, en sus STC núm. 73/2004, de 22 de abril (NormaCEP NFJ016552), FJ 4.º y 5.º; y núm. 219/2005, de 12 de septiembre (NormaCEP NCJ040403), FJ 2.º y 3.º, igualmente detalla que

en concordancia con lo expuesto no puede dejar de recordarse que este Tribunal, al abordar el problema de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en un proceso los derechos e intereses de sus asociados, ha reconocido expresamente que esa legitimación se ostenta no solo cuando la asociación ejerce acciones en defensa de los derechos o intereses generales, colectivos o difusos, de sus asociados, sino también cuando la asociación actúa en defensa de un asociado concreto, siempre que la controversia afecte a los derechos e intereses del asociado en su condición de consumidor o usuario.

Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional ha interpretado de forma amplia la legitimación conferida a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa judicial de sus miembros, sin restringirla a la defensa de intereses «colectivos», ni circunscribirla siquiera al ejercicio de acciones basadas en la legislación tuitiva de consumo, bastando, por ejemplo, que «resulten afectados los derechos e intereses del sujeto pasivo del impuesto en su condición de consumidor o usuario». Se estiman suficientes estas muestras citadas, al no ser hoy ya discutible este mandato del Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 11 de la LEC.

Ahora bien, y como se acaba de precisar, la legitimación activa que nuestra demandante pretende ostentar para defender los intereses de su asociado viene directamente condicionada, y de forma vinculante, al hecho de que este último ostente la condición de consumidor o usuario, condición que en absoluto concurre, como se ha dejado zanjado en los párrafos precedentes. La amplia interpretación que nuestros tribunales han dado al artículo 11 de la LEC viene referida exclusivamente al hecho de que su legitimación como asociación no puede circunscribirse a las acciones colectivas, sino que abarca igualmente a las individuales de sus asociados, pero siempre que estos puedan ser calificados de consumidores o usuarios, pues esta condición es requisito insalvable hasta para las interpretaciones más laxas de la norma. Resultaría absolutamente incongruente respecto de la propia razón de ser de este tipo de asociaciones el hecho de que siendo su propia esencia la defensa de los intereses de los consumidores, se permitiese autorizar por los tribunales su legitimación para accionar en nombre de quienes no lo son, como en nuestro caso sucede.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de fecha 19 de octubre de 2017 lo indica muy claramente:

En el presente caso no se cumple esa condición, porque los adquirentes del producto bancario cuestionado, los «Valores Santander», no fueron los asociados de AUGÉ en su calidad de consumidores o usuarios, sino la entidad «Marpil, SA» (doc. 2 y 2 bis de la demanda), que carece de la necesaria condición de usuaria o con-

sumidora para que la actora recurrente pueda actuar en la defensa de sus intereses, por lo que, en definitiva, procede confirmar la sentencia apelada.

Nuestro asociado no estableció sus relaciones contractuales con la demandada en cuanto consumidor (que no lo era), sino en cuanto autónomo adquirente de un local para realizar su actividad empresarial, siendo como era el administrador único de una mercantil.

Nosotros no podemos en modo alguno inmiscuirnos en los criterios que emplea Asufin para decidir quiénes pueden ser sus asociados o no, al constituir ello sus normas propias de régimen interior absolutamente ajenas a este caso; pero lo que es evidente es que el hecho de que su asociado haya actuado como empresario en esta operación (recordemos que el asociado ha reconocido ser administrador único de una sociedad limitada), no vincula en modo alguno al juzgado a la hora de cumplir con sus deberes legales de supervisión en el cumplimiento de los postulados procesales ordenados por la ley, y que toda parte de un pleito ha de cumplir. Asufin carece por ello de cualquier legitimación activa.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), art. 11.
- Real Decreto legislativo 1/2007 (TR Ley para la defensa de los consumidores y usuarios), art. 3.
- Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), art. 2.
- STJUE de 3 de septiembre de 2015.
- SAP de Badajoz núm. 205/2016.
- SAP de Barcelona de 26 de enero de 2018.

Reclamación de la filiación no matrimonial e impugnación de la paternidad. Caducidad de la acción de filiación y negativa a la realización de la prueba biológica

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

castoparamo@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

Enunciado

El actor interpone demanda de reclamación de la filiación no matrimonial e impugnación de la paternidad contradictoria respecto del niño Francisco, ante el juzgado de primera instancia de la localidad, que se admite a trámite, emplazándose a los demandados, al que consta como progenitor paterno, que reconoció al menor ante el encargado del Registro Civil, contra la madre y contra el niño nacido en 2011, que interesan por cada representación procesal su desestimación íntegra. El actor presentó la demanda en el año 2014.

Asimismo, el juzgado nombró un defensor judicial que representara al menor.

Los demandados se opusieron a la demanda y alegaron que la acción había caducado, ya que había entrado en vigor la reforma establecida en el artículo 133.2 del CC.

El juzgado acordó la realización de la prueba biológica, pero los demandados se negaron a someterse a la misma; dictó sentencia estimando la demanda, declarando que la acción no había caducado, y declarando al menor hijo del actor por la negativa injustificada y del resultado de la prueba, al constatarse una relación afectiva entre el actor y la madre compatible con la concepción, aportándose documentos gráficos y fotografías que así lo acreditaban, unida a las manifestaciones de testigos que intervinieron y declararon en la vista realizada.

Los demandados interpusieron recurso de apelación contra la sentencia del juzgado, oponiéndose al recurso interpuesto tanto el actor como el fiscal. La audiencia provincial

competente estimó el recurso, considerando que si bien existían indicios, la falta de prueba biológica impedía declarar judicialmente la filiación y declarando que la acción entablada por el actor no había caducado.

El actor pretende interponer recurso de apelación por entender que la oposición de los demandados a la realización de la prueba biológica, pese a la existencia de indicios, no ha sido valorada adecuadamente por la audiencia provincial, pese a ser una prueba indiciaria.

Cuestiones planteadas:

1. La determinación de la filiación: acción de reclamación de la paternidad y de impugnación que consta registralmente.
2. Caducidad y negativa a someterse a la prueba biológica acordada judicialmente y posición de la jurisprudencia.
3. Conclusión.

Solución

1. En los procesos en los que se interesa el reconocimiento de la filiación y la impugnación de la filiación contradictoria, se busca la verdad material que protege el interés del menor afectado.

Existen diversos preceptos que son objeto de aplicación en este tipo de procedimientos y que han de observarse para su resolución.

En primer lugar, el artículo 133.2 del CC, que establece que la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, cuando falte la posesión de estado: «Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación».

Así, en el artículo 39.2 de la CE se establece que «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad».

El artículo 767.4 de la LEC establece que «la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de esta no se haya obtenido por otros medios», así como los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que establecen:

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. (Art. 7).

Por su parte el artículo 8 establece que:

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

No puede dejarse de mencionar el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor de 15 de enero de 1996, que expone en su primer apartado que:

Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

y en su apartado 4.º:

En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

En el apartado 5.º se señala que «toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso».

En estos procedimientos, en los que debe primar el interés del menor afectado, de acuerdo con la normativa aplicable mencionada, debe valorarse de manera adecuada ese interés del menor, que es superior al de los demandados que figuran como padre y madre en el Registro Civil, y desde esa perspectiva considerar si las actuaciones en el procedimiento de los demandados no protegen ese interés superior al negarse a someterse a la prueba biológica. En este tipo de procedimientos, debe existir siempre un defensor judicial que represente al menor frente a los comportamientos que afecten a sus derechos, aunque siempre intervenga el Ministerio Fiscal en la defensa del interés superior del menor.

2. La prueba determinante para acreditar la filiación derivada de acciones ejercitadas por las personas que impugnan o reclaman la filiación es la prueba biológica, cuyo resultado permite acreditar la filiación discutida en dichos procedimientos.

Es verdad que la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda acreditar la filiación discutida de una persona exige un mínimo de prueba necesaria para poder admitirse. Sin embargo, ese elemento mínimo de prueba necesario que se adjunta con cualquier demanda no es suficiente para su acreditación en la mayoría de supuestos, aunque es verdad que en ocasiones una prueba de ADN privada, de un laboratorio privado, aportada por las partes, que reúna todos los requisitos que garanticen su realización, puede ser suficiente para decidir, pero en muchos otros casos eso no sucede y debe realizarse la prueba biológica a través del instituto de toxicología correspondiente.

Por tanto, a la luz del artículo 767.1 de la LEC, que dice que «en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde».

Con base en esos indicios y en el caso de negativa injustificada a someterse a la prueba biológica, de acuerdo con el artículo 767.3, que dice que «aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo», de acuerdo con el conjunto de la prueba practicada, como recoge el caso, el juzgado estimó la demanda.

En relación con el sometimiento a la prueba biológica, en este caso sería excesiva y abusiva que no existiera prueba indiciaria alguna, pero si la relación entre el actor y la madre existió, hay alguna probabilidad de que la paternidad que reclama sea cierta, y la prueba biológica sería la única que determinaría la realidad o no de lo solicitado en la demanda.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 7/1994, de 17 de enero, en relación con la prueba biológica dice:

Donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en

donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación. Como hemos declarado en la STC 227/1991, fundamento jurídico 5.º, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad.

Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (STC 98/1987, fundamento jurídico 3.º, y 14/1992, fundamento jurídico 2.º). Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º).

En esta misma sentencia el Tribunal Constitucional dice:

En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE (STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º, 14/1992, fundamento jurídico 2.º, y 26/1993, fundamento jurídico 4.º), colocándola en una situación de indefensión.

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha declarado, en su sentencia 177/2007, de 23 de julio, que

se trata de una manifestación más del principio de disponibilidad y facilidad probatoria a que se refiere el artículo 217.7 LEC, que opera aquí con singular intensidad, como se desprende de los razonamientos del propio Tribunal Constitucional. No cabe primar la actuación de quien obstaculiza, sin razón justificada, la averiguación de la verdad teniendo a su alcance la posibilidad de facilitar a la otra parte y al tribunal la solución del problema litigioso, confiando por su parte en que la falta de certeza de la prueba aportada por la demandante le permita obviar la declaración de paternidad y el cumplimiento de su función y obligaciones paternofiliales. Resulta contrario a elementales principios de justicia propiciar que estas conductas de negación puedan generalizarse privando al hijo de la posibilidad de obtener certeza sobre su filiación, dando efectividad a la negativa únicamente en aquellos casos en que la prueba resulta menos necesaria al existir elementos probatorios suficientes para deducir la paternidad del demandado.

[Añade la mencionada sentencia] que lo deseable es que la determinación de la filiación respecto del demandado se produzca cuanto antes, bien sea con resultado positivo o negativo, no solo por razones de seguridad jurídica sino por los propios derechos de carácter material, que se traducen en la obligación de alimentos cuando la hija va a alcanzar una edad en que las necesidades de todo tipo son cuantitativamente mayores. No cabe, en ningún caso, dar mayor protección a la opción obstruccionista del demandado que a intereses de tan alta valoración como los ya expresados que corresponden a la menor, en cuyo beneficio se ejercita la acción de reclamación de la filiación paterna. A todo lo anterior es preciso añadir que hoy día ya no resulta imprescindible la extracción de sangre para la práctica de la prueba, pues los avances científicos permiten obtener con total fiabilidad las muestras necesarias para ello de forma absolutamente indolora, bastando una muestra del ADN de ambos (posible padre, e hijo) mediante la obtención de las células epiteliales de la mucosa oral, siendo suficientes incluso las muestras derivadas de manchas de sangre... entre otros medios.

De acuerdo con lo indicado en la sentencia mencionada la libre investigación de la paternidad permite fundamentar el principio de veracidad biológica y la admisión en los procesos de filiación de toda clase de pruebas dirigida a determinar quién es el padre biológico, permite la exigencia del deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos e igualmente garantizar la defensa del interés de los hijos tanto en el orden material como moral en que se declare su filiación biológica (SSTC 138/2005, de 26 de mayo, y 273/2005, de 27 de octubre).

Con todo, el principio de la libre investigación de la paternidad no juega de manera absoluta y debe atemperarse por otros principios igualmente de rango constitucional, como el beneficio del hijo, la protección de la familia y la seguridad jurídica. De ahí la legitimidad de las restricciones legales referidas a la legitimación activa o al establecimiento por el legis-

lador de plazos de caducidad para el ejercicio de las acciones de filiación. De esta forma, se equilibra el interés de los afectados y de la propia sociedad en la prevalencia de la verdad biológica, con las necesarias exigencias de seguridad en las relaciones familiares (STC 138/2005, de 26 de mayo).

Sobre la posible caducidad, en relación con el plazo del año que establece el artículo 133.2 del CC, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias 457/2018, de 18 de julio, y 522/2019, de 8 de octubre, razonó que el plazo de un año era aplicable en las reclamaciones de paternidad ejercidas al amparo del artículo 133 del CC respecto de niños nacidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/2015 cuando la demanda se hubiera interpuesto con posterioridad.

Aplicando este criterio, el juzgado y la audiencia rechazaron en el caso que juzgamos que la acción estuviera caducada, dado que la demanda se interpuso antes de la vigencia del límite legal del plazo de un año en un momento en el que, al amparo de la jurisprudencia anterior de esta sala, se reconocía al progenitor la legitimación sin límite de plazo.

El Tribunal Constitucional en las sentencias 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero, declaró la inconstitucionalidad del artículo 133 del CC en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto impedía al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado; también señaló que incumbía al legislador regular esta legitimación con los requisitos pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

La demanda se interpuso en 2014, cuando no existía un límite de plazo para interponer la demanda sin que pueda tenerse en consideración el límite temporal de un año para ejercitar la acción que se produjo con posterioridad, en el año 2015.

Por tanto, que el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad por el actor sea abusivo por el tiempo transcurrido desde que pudo conocer que el niño era hijo suyo hasta que interpuso la demanda, y que se haya fijado un plazo por el legislador con posterioridad, no afecta a que la reclamación realizada deba entenderse como abusiva por haberse interpuesto después del transcurso de ese breve plazo.

En el caso propuesto, como ocurre en la práctica en este tipo de procedimientos, las actuaciones normalmente se dilatan por la necesidad de realizar diferentes actuaciones procesales, como el nombramiento de defensor judicial al menor, o por las dificultades ante las reticencias y negativas de los demandados a someterse a la prueba biológica de ADN. Nada de esto resulta imputable al actor, ni por ello este retraso puede servir como argumento que permita apreciar la inexistencia de interés legítimo en que la paternidad quede determinada conforme a lo reclamado y la prueba practicada; la negativa a someterse a la prueba biológica no constituye una *ficta confessio* o confesión presunta, sino un valioso indicio para

declarar la filiación reclamada, siempre que concurra con otros elementos de prueba que lleven al juzgador a la fundada convicción de la existencia de relaciones sexuales al tiempo de la concepción (STS de 29 de junio de 2004, sobre la *ficta confessio*).

3. En conclusión, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial mencionada, la interposición de un recurso de casación sería estimado en cumplimiento de la regulación legal y de la doctrina expuesta, y de la legislación aplicable, al no dar relevancia a la negativa injustificada acordada por el juzgado, que en ningún caso atenta a la intimidad, ni porque fuera innecesaria, y sí relevante para decidir el procedimiento y dictarse una sentencia de acuerdo con la verdad material y el interés del menor de acuerdo con la legislación mencionada y con la prueba realizada, de conformidad con el artículo 767 de la LEC.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 39.2.
- Código Civil, art. 133.2.
- Ley Orgánica 1/1996 (protección jurídica del menor), art. 2.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 767.4.
- Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, arts. 7 y 8.
- SSTC 7/1994, de 17 de enero; 138/2005, de 26 de mayo (NormaCEF NCJ040486); 273/2005, de 27 de octubre (NormaCEF NCJ040578); 52/2006, de 16 de febrero (NormaCEF NCJ041239), y 177/2007, de 23 de julio (NormaCEF NCJ042917).
- SSTS de 29 de junio de 2004; 457/2018, de 18 de julio (NormaCEF NCJ063726), y 522/2019, de 8 de octubre.

Acuerdo de la Junta Electoral Central y procedimiento sancionador

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

julioGalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

1. Por Real Decreto XXX/0000, de 4 de marzo, se acordó la disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y se convocaron elecciones generales para el 28 de abril (arts. 1 y 2); la campaña electoral se desarrollaría del 14 al 26 de abril (art. 4).

2. El 23 de abril, por tratarse del día de san Eustaquio, día de la comunidad, que carecía de legislación electoral propia, el presidente de esta, perteneciente a un partido político favorable a la autodeterminación de la comunidad autónoma, al igual que otros partidos concurrentes a las elecciones, en esta condición, envió una carta, a través de correo electrónico, desde la sede del Gobierno regional a los funcionarios de dicha Administración. En el mismo, tras recordar el significado de tal fecha, añadía lo siguiente:

Aprovecho este mensaje, que tan solo se interrumpió el año pasado con el nefasto artículo 155 CE, para agradecerle el trabajo que haces. Nada de aquello que se impulsa desde el Gobierno tendría sentido ni sería posible de realizar sin tu trabajo, que es fundamental para sacar adelante el país [...]. No hace falta recordar que vivimos tiempos complicados en la política de esta comunidad autónoma. Que este san Eustaquio no tendremos entre nosotros al presidente Gumersindo y a los consejeros de su gobierno que están con él en el exilio o que están en prisión. Los tendremos muy presentes en una jornada de fiesta y sentido de la comunidad. Si deseáis que las cosas cambien, ya sabéis a qué partido político debáis votar.

3. Tanto el partido A de dicha comunidad autónoma como el partido B denunciaron tal hecho a la Junta Electoral Central (JEC) por infracción del artículo 50.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG). Por acuerdo de 25 de abril de 2019, la JEC acordó incoar expediente sancionador.

4. Tramitado el expediente contradictorio, se dictó la resolución, por unanimidad del órgano, de 22 de julio de 2019, en la que se impuso al presidente la sanción de 2.500 euros de multa por incurrir en una infracción de la LOREG».

En el procedimiento sancionador la representación legal del sancionado había recusado a dos vocales (don Luis Pedro –que renunció al cargo con efectos del 28 de junio de 2019– y don Luis Pablo –pues tenía enemistad manifiesta con todos los pertenecientes al grupo político del sancionado–) ya que, en su opinión, ya habían tomado una postura respecto del tema *decidendi* de forma pública y notoria, apareciendo ambos como contrarios al grupo parlamentario del sancionado, que es el mismo del ex presidente Eustaquio. Expone así los comentarios en la prensa don Luis Pedro y en Twitter don Luis Pablo, a lo que se añade la firma por este de una carta abierta, coincidiendo ambos en exteriorizar sus ideas contra el partido del presidente de la comunidad autónoma sin que estuviesen amparados por la libertad de expresión. Dicha recusación fue rechazada por la unanimidad de la JEC.

El representante procesal del presidente interpuso el 16 de septiembre de 2019, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 22 de julio de 2019.

La parte demandante fundamenta su pretensión de declaración de nulidad en los siguientes razonamientos, expuestos en síntesis:

- 1.º La JEC carece de competencia, pues el artículo 19.2 atribuye a las juntas electorales provinciales las funciones que el artículo 19.1 k) atribuye a la JEC. Por tanto, siendo la ciudad la sede de la presidencia de la comunidad autónoma, la competencia le corresponde a la junta electoral provincial de esa ciudad, sin que esto quede desvirtuado por el hecho de que la carta se remitiese por *email* a todos los funcionarios de la misma, sin que la LOREG atribuya a la JEC su competencia por razón de actos que surtan efectos en varias provincias. Concorre por tanto la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (en adelante, Ley 39/2015).
- 2.º La JEC desestimó la recusación de los vocales don Luis Pedro y don Luis Pablo. Recuerda que la JEC es una Administración de garantía (cfr. art. 8.1 de la LOREG en relación con la STC 80/2002 [Norma CEF NCJ049759]), luego debe ser imparcial, y esos dos vocales ya habían tomado una postura respecto del tema *decidendi* de forma pública y notoria, apareciendo ambos como contrarios al grupo parlamentario del expedientado, que es el mismo del ex presidente Eustaquio.

Expone así los comentarios en la prensa de don Luis Pedro y en Twitter de don Luis Pablo, a lo que se añade la firma por este de una carta abierta, coincidiendo ambos en exteriorizar sus ideas sobre el partido del presidente de la comunidad autónoma, sin que estuviesen amparados por la libertad de expresión.

- 3.º En virtud el apartado 3 de ese artículo, con base en la Instrucción de la JEC 2/2011, la carta ciertamente no constituye la «inauguración de un servicio público», pero se emite con motivo de un evento cultural en la comunidad autónoma, como es el día de san Eustaquio, patrón de la comunidad, lo que se admite como excepción, pues no hubo fin electoralista, pues es tradición felicitar en esa fiesta a los funcionarios y agradecerles su trabajo e implicación con la institución. Añade que la finalidad partidista debe ser probada fehacientemente y no presupuesta, sin que los denunciantes concretasen qué coincidencia hubo con lo sostenido por otras fuerzas políticas, y añade que el «silencio» de los denunciantes es también discurso electoral.
- 4.º En cuanto a la referencia al «nefasto 155» y a la «ausencia del presidente Gervasio y de los consejeros de su gobierno que están con él en el exilio o en prisión», se trata de una descripción no partidista de la realidad; no se alude a realizaciones o logros del presidente de la comunidad ni de su partido político, y destaca que se trataba de la primera fiesta de aquella tras el levantamiento del 155, luego era imposible no hacer una somera referencia a la situación; las palabras fueron muy prudentes y mesuradas, aparte de referirse a hechos obvios, para lo que expone el significado de los términos empleados.
- 5.º Insiste en que la ocultación de la realidad también es partidista, no respeta la neutralidad, pues ese silencio es su discurso político y vulnera la libertad de expresión en campaña electoral, para lo que cita la sentencia del Tribunal Constitucional 170/2008 (NormaCEF NSJ027387).
- 6.º En relación con esta la libertad de expresión de los representantes institucionales, señala que solo puede limitarse por causa legal interpretada restrictivamente, para lo que se remite a la STC 23/2010 (NormaCEF NCJ052093), así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que apenas deja espacio para la restricción de la libertad en el del discurso político a los representantes políticos.
- 7.º Invoca la infracción del artículo 14 de la Constitución, para lo que se remite a otros casos en los que la JEC no ha incoado expediente sancionador, por ejemplo, a la entonces ministra portavoz del Gobierno en funciones, por declaraciones realizadas en la rueda de prensa posterior a un Consejo de Ministros o a la campaña institucional del Gobierno central «España es la casa de todos».
- 8.º Señala que la sanción es desproporcionada y que, además, la ley que sirvió de base para la calificación de la infracción y para la sanción impuesta no establece, como era su obligación debido a los principios de legalidad y tipicidad, derivado de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante,

LRJSP) la división de las infracciones y sanciones en muy graves, graves o leves, lo que impide una determinación justa de la infracción a imponer y evidencia una laguna legal, respecto a la posible prescripción de la sanción y de la infracción.

Conforme a tales razonamientos es pretensión de la actora que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acuerdo impugnado de la JEC, con condena en costas a la parte demandada.

Por otra parte, son de destacar las siguientes incidencias ocurridas durante la tramitación del procedimiento sancionador:

- a) Durante la instrucción, dictado el acuerdo de iniciación y notificado al expedientado, el instructor del mismo tiene conocimiento de que el órgano jurisdiccional competente instruye procedimiento por presunto delito electoral por los mismos hechos, en virtud de denuncia presentada por varias asociaciones de vecinos de la localidad, sede de la presidencia de la comunidad autónoma. Pese a ello, continúa con la instrucción y solo antes de dictar la propuesta de resolución el instructor suspende el expediente sancionador y remite testimonio de lo actuado a aquel órgano jurisdiccional. La representación legal del expedientado anunció recurso contencioso-administrativo independiente contra esta forma de proceder de la Administración, además de que fue acordada por órgano incompetente.
- b) Los denunciantes, representantes legales de los partidos políticos A y B, en ningún momento fueron llamados al procedimiento sancionador ni notificados de ninguna resolución adoptada al respecto. ¿Resultó ajustado a derecho esta decisión administrativa?
- c) El instructor del procedimiento tenía pensado prescindir de la propuesta de resolución, pero con posterioridad acabó formulando la misma con una propuesta de sanción de 1.500 euros. ¿Hubiera sido ajustado a derecho que el instructor no hubiere formulado propuesta de resolución?

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuál será la presunta infracción cometida y por la que se ha dictado la resolución sancionadora?
2. ¿Quiénes deberán ser partes demandas en este procedimiento y por qué causa legal?
3. Informe, de forma razonada, sobre si tiene razón o no el recurrente en cada uno de los argumentos utilizados en la demanda a través de su letrado.
4. Comente las incidencias y consecuencias producidas en la tramitación del procedimiento sancionador.

Solución

1. ¿Cuál será la presunta infracción cometida y por la que se ha dictado la resolución sancionadora?

El artículo 153.1 de la LOREG señala que

toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares.

El artículo 8.1 de la LOREG señala que

la Administración Electoral tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad.

Por su parte, el capítulo VI de la LOREG, referido al procedimiento electoral, en su Sección 4.^a, referida a la campaña electoral, establece en su artículo 50.1:

Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden realizar durante el período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores. Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña.

El razonamiento de dicha infracción reside en que, aprovechando el sancionado su condición de presidente de la Generalidad ha remitido a los funcionarios públicos de la Generalidad una carta en la que se quebrantaría el principio de neutralidad que los poderes públicos deben respetar durante el periodo electoral, al incluirse afirmaciones o expresiones como la referencia a «nefasto 155» o a la ausencia del «presidente Eustaquio y los consejeros de su gobierno, que están con él en el exilio o prisión» o «si queréis que las cosas cambien, ya sabéis a qué partido político debéis vota».

La Instrucción 2/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación del artículo 50 de la LOREG, en relación con el objeto y los límites de las campañas institucionales y de los actos de inauguración realizados por los poderes públicos en periodo electoral, señala en su apartado «primero», en relación con el respeto a los principios de objetividad, transparencia e igualdad que

durante el periodo electoral, los poderes públicos no podrán realizar ninguna campaña institucional que atente contra los principios de objetividad y transparencia del proceso electoral y de igualdad entre los actores electorales, principios que deben ser efectivamente garantizados por la Administración electoral, como dispone el artículo 8.1 de la LOREG.

Y, en el apartado «cuarto», en referencia a las campañas institucionales permitidas señala que:

Deben entenderse no incluidas en las prohibiciones establecidas en los números anteriores, siempre que no se violen los principios de objetividad y transparencia del proceso electoral y de igualdad entre los actores electorales, y no se dirijan directa o indirectamente, mediata o inmediateamente, a inducir el sentido del voto de los electores, las siguientes campañas:

1. Las realizadas exclusivamente por los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral y que están expresamente previstas en la normativa electoral en relación con la información a los ciudadanos sobre la inscripción en las listas del censo electoral o las destinadas a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, en los términos previstos en el artículo 50.1 de la LOREG [...].
2. Entre el objeto posible de esas campañas institucionales no se encuentra el fomento de la participación de los electores en la votación, por lo que debe entenderse que no está permitida una campaña con esa finalidad.

En el caso que analizamos es claro que se han infringido los preceptos señalados anteriormente.

2. ¿Quiénes deberán ser partes demandas en este procedimiento y por qué causa legal?

Lo serán:

- Las Cortes Generales, en representación de la JEC. La Administración electoral está integrada por las juntas electorales central, provincial, de zona y, en su caso, de comunidad autónoma, así como por las mesas electorales (art. 8.2 LOREG). El primero de estos órganos, la JEC, tiene carácter permanente (art. 9.1 LOREG) y está vinculado orgánicamente a las Cortes Generales (art. 13 LOREG). En cambio, las juntas electorales provinciales y de zona, así como las de comunidad autónoma, son órganos temporales que se constituyen el tercer día siguiente a la convocatoria de elecciones (art. 14.1 LOREG) y su mandato concluye 100 días después de las elecciones (art. 14.1 LOREG), careciendo, por ello, de un aparato administrativo permanente. Al Gobierno, al Consejo de Gobierno de las comunidades autónomas,

a las ayuntamientos y, subsidiariamente, a las audiencias provinciales corresponde la obligación de prestar a esas juntas, durante la época en que estén constituidas, el auxilio que necesiten para el ejercicio de sus funciones (art. 13.2 LOREG). La JEC tiene, pues, una configuración administrativa diferente a la de las demás juntas. Su función permanente exige la estabilidad de los vocales que la forman, quienes, por ello, son designados para toda la legislatura (solo cesan en su mandato cuando toman posesión los nuevos vocales, al inicio de la siguiente legislatura –artículo 9.3 LOREG–), y exige también la estabilidad de los medios a su servicio.

Las sanciones por infracciones electorales impuestas por la junta electoral competente (art. 153 LOREG) son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo aclaró que la argumentación del Ministerio Fiscal era correcta cuando se trata de los «recursos contencioso-electorales» previstos en los artículos 109 y siguientes de la LOREG, pero no cuando se trata de los demás recursos contencioso-administrativos entablados contra actos emanados de la JEC que no son susceptibles de ser impugnados mediante el recurso contencioso-electoral (cfr. ATC 1040/1986). En estos casos se trata de «un auténtico proceso entre partes», por lo que «no puede negarse a la Administración autora del acto impugnado legitimación para comparecer y actuar en el proceso en calidad de parte demandada» (ATS, Sala 3.^a, de 4 de octubre de 1995). La prohibición de indefensión (art. 24.1 CE) es aquí plenamente aplicable y comprende «la efectiva aplicación del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal» (STC 245/1988, de 19 de diciembre). El principio de contradicción que rige en cualquier clase de procedimiento (STC 233/1988, de 2 de diciembre), en todas sus fases (STC 156/1992, de 19 de octubre) y en cualquiera de las instancias (STC 109/1980, de 8 de junio) implica el derecho de defensa de las partes contendientes (STC 231/1992, de 14 de diciembre). Tal principio no se realiza con la defensa de la legalidad que realiza el Ministerio Fiscal desde una posición independiente y objetiva, sino con la «defensa dialéctica» o contradictoria del propio autor del acto impugnado.

- Los partidos políticos denunciadores, a tenor del artículo 20.1 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA, pues son titulares de intereses legítimos.
- El Ministerio Fiscal: la representación pública y la defensa de la legalidad y del interés público corresponde al Ministerio Fiscal (art. 111 LOREG).

3. Informe, de forma razonada, sobre si tiene razón o no el recurrente en cada uno de los argumentos utilizados en la demanda a través de su letrado.

1. La JEC es competente ex artículo 19.1 de la LOREG por tratarse de la sanción de infracciones cometidas en su ámbito territorial, y a tal efecto la carta a través de correo

electrónico iba dirigido a los funcionarios dependientes de la Generalidad destinados en distintas provincias catalanas.

Por otra parte, el artículo 19.1 k) de la LOREG expresamente prevé que es competencia de la JEC «corregir las infracciones que se produzcan en el proceso electoral siempre que no sean constitutivas de delito e imponer multas hasta la cuantía máxima prevista en esta Ley», potestad que ejerce en su ámbito territorial y las juntas electorales provinciales en el suyo, tal y como se deduce del artículo 19.2.

Además, el artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, que exige que la incompetencia sea manifiesta, es decir, «evidente o controvertida». En este caso la JEC tiene competencia material para sancionar y como mínimo sería dudoso por exceder el ámbito territorial provincial de la ciudad sede del Gobierno de la comunidad; además, debido a la relación jerárquica entre la JEC y la junta electoral provincial, la duda estaría en el ámbito funcional, no propiamente en el territorial ni material.

2. En cuanto a la falta de imparcialidad de dos vocales, al sancionado se remite a la «imparcialidad judicial», pero la JEC es órgano administrativo, y el artículo 120 de la LOREG se remite a Ley 40/2015. En cuanto a don Luis Pedro, el motivo de impugnación ha perdido su objeto, al haber renunciado al cargo con efectos a partir del 28 de junio de 2019, y respecto de sus declaraciones anteriores están amparadas en la libertad de expresión y de cátedra. Respecto de don Luis Pablo, no cabe apreciar ni interés personal ni enemistad con el expresidente Gervasio (art. 23.2 a) y c) de la Ley 40/2015). Añade que el acuerdo que desestima la recusación se adoptó por unanimidad, a lo que añade la previsión del artículo 23.4 de la Ley 40/2015. Expresar, a través de un artículo, la opinión sobre una formación política –que es el motivo para recusarle– no constituye causa de recusación, salvo que se exteriorice una animadversión clara que pueda comprometer su imparcialidad.

Señala que la JEC siguió el criterio del ATC 119/2017, aparte de que la infracción sancionada nada tiene que ver con la enemistad manifiesta o el interés personal que pueda concurrir en los vocales recusados: el hecho sancionado es ajeno a los motivos de recusación.

En cuanto al otro vocal, que sí tomó parte en la decisión, no es necesario valorar ahora los comentarios y tomas de posición que le reprocha el recurrente. Basta recordar que es criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo que, cuando consta inequívocamente que el resultado de la votación de un órgano colegiado no habría variado sin la participación de un determinado miembro de aquel, el acto no puede reputarse viciado y debe mantenerse.

En ese sentido se han pronunciado, entre otras, nuestras sentencias de 1 de octubre de 2002 y la 34/2020, de 17 de enero (recurso contencioso-administrativo 9176/1997 y de casación 7487/2018, respectivamente). Esto es lo que ocurre en el presente caso, en que el acto impugnado fue aprobado de manera unánime por todos los vocales de la JEC.

Por otra parte, la defensa del sancionado no alega ni prueba ninguna de las causas tasadas de abstención del artículo 23 de la Ley 40/2015, se limita a reproducir juicios de valor exteriorizados en manifestaciones o documentos publicados.

3. El correo electrónico no era indispensable para el funcionamiento de los servicios públicos y el hecho entra en el supuesto del artículo 50.1 de la LOREG, y en los apartados primero y cuarto de la Instrucción 2/2011 de la JEC, antes indicados con quiebra del principio de neutralidad de los poderes públicos en proceso electoral. El mensaje no era neutro y favorecía la versión sobre el proceso promulgado por el partido del presidente de la comunidad propugnada por algunas de las formaciones políticas concurrentes a las elecciones, sin que la festividad de san Eustaquio diese cobertura y sin que sirvan de excusa las funciones de representación que el estatuto de autonomía de la comunidad autónoma atribuye al presidente de la Generalidad.

La carta no encaja en el supuesto del artículo 50.3 de la LOREG, pues nada tiene que ver con la exclusión de inauguraciones oficiales en fiestas populares coincidentes con el periodo electoral, conforme a la Instrucción 2/2011 de la JEC que cita la demandante. Si era tradición enviar esa carta, en todo caso la instrucción supedita la exclusión de la prohibición a que se respete el principio de neutralidad.

4. Con carácter previo deben recordarse algunos aspectos elementales:

- 1.º Se parte del distingo entre Gobierno y Administración, configurándose el primero como órgano político (cfr. art. 97 de la Constitución); por el contrario, la Administración tiene un tratamiento claramente previsto en la Constitución: sirve con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 de la misma), de ahí que se hable de la «eficacia indiferente de la Administración» y de su neutralidad política, desde esa vocación servicial.
- 2.º Tal distingo se plasma, en cuanto al régimen jurídico del presidente de la comunidad autónoma en la correspondiente Ley de la Presidencia de la Generalidad o en la Ley del Gobierno; y en la vertiente de la acción administrativa por la correspondiente Ley autonómica de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración o similar, donde se calificará al presidente como órgano superior de la Administración de la comunidad.
- 3.º Desde tal perspectiva el correo electrónico sancionado se redactó por el sancionado en su condición de tal órgano superior, de ahí que vaya dirigido a todos los funcionarios o empleados públicos de la comunidad.
- 4.º Partiendo de tal premisa, que sea tradición que en el día de san Eustaquio el presidente de la comunidad se dirija a todos los funcionarios dependientes no quita para que, si en tal acto incurre en un ilícito electoral, pueda ser sancionado. En consecuencia, al margen de la relevancia de esa fiesta, no cabe que con ocasión de la misma, y haciendo uso de su cargo, el presidente en esa dimensión administrativa haga manifestaciones incompatibles con su deber de neutralidad en periodo electoral.

Entrando ya en los términos empleados en la carta, no responden a «una mera descripción no partidista de la realidad»; las palabras no son neutras, lo que llama «nefasto» podría ser valorado por otras formaciones políticas como «óptimo» o como «inevitable», y otro tanto con la referencia al «exilio» del señor Gervasio y de algunos exconsejeros. Se trata de valoraciones favorables a una versión de los hechos, sostenidas por una parte de las formaciones que se presentan a las elecciones; es una carta que transmitía un mensaje legitimador de la causa que defiende el presidente y el partido al que pertenece, presenta a los que cita como víctimas de una opresión abusiva e infundada, luego favorecía la imagen de una parte de los candidatos en perjuicio de otras formaciones políticas.

Respecto a las mismas, se puede sostener que sin esfuerzo se deduce que se identifican con un bloque de partidos concurrente a las elecciones, a lo que se añade que debe tenerse en cuenta la amplitud en la difusión del mensaje, agrandándose su entidad al dirigirse a quienes están en situación de dependencia administrativa del expedientado, que se prevale de superioridad.

Además incita o induce, indirectamente, a votar a su partido vulnerando la neutralidad que le es exigible y la normativa electoral.

- 5.º Con la sanción se vela para que el presidente respete el principio de neutralidad en sus mensajes institucionales a los funcionarios. Las valoraciones incluidas en el mensaje quiebran el principio de neutralidad, sin que la libertad de expresión exima al sancionado de su obligación de ser neutral cuando actúa como presidente de la comunidad. A tal efecto recuerda la doctrina constitucional que tiene dicho que los derechos derivados del artículo 20 no son ilimitados.
- 6.º En cuanto a la libertad de expresión de los representantes políticos, se remite a la resolución, que destaca que la JEC sigue la jurisprudencia de esta sala y la doctrina constitucional, y que su cometido es velar para que las Administraciones públicas respeten el artículo 50.1 y 2 de la LOREG, luego la acomodación de los comportamientos a esa norma es el objetivo de la potestad sancionadora que ejerce.

Respecto de límites legales a los derechos fundamentales, se remite a la STS 933/2016, de 28 de abril, de la Sala 3.^a (recurso contencioso-administrativo 827/2015), y destaca que la resolución impugnada no pretende «ocultar una realidad», sino impedir que dicha realidad pueda ser utilizada con fines partidistas, en periodo electoral. En definitiva, que los límites del artículo 50 de la LOREG se aplican por igual a todos los poderes públicos con independencia de las «realidades» que difundan y con independencia de la adscripción política o ideológica de los mismos.

La conducta del sancionado no puede ampararse en la libertad de expresión, es más, el propio presidente reconoce que el Tribunal Constitucional lo deniega a instituciones públicas (cfr. sentencias 254/1993, 14/2003 y 244/2007). El presidente, en el ejercicio de sus funciones, no es un ciudadano amparado por un derecho fundamental, representa al Estado en esa comunidad autónoma, por lo que tergiversa las garantías constitucionales si desde tal condición invoca su li-

bertad de expresión para imponer a los ciudadanos, en pleno proceso electoral, su propio discurso personal. Cercena el derecho fundamental de los electores a ejercer el sufragio sin interferencias ni ayudas interpretativas de sus gobernantes, difundidas en medio del proceso electoral.

- 7.º Respecto a que otros partidos caen en el activismo ocultando realidades sociales molestas, entiende que la demanda está desubicada: no se puede comparar la actitud de los partidos políticos con la del presidente, pues en periodo electoral los partidos ejercen su legítima acción propagandística, pero las instituciones deben ser neutrales, de ahí las prohibiciones del artículo 50 de la LOREG. En definitiva, no puede instrumentalizar su cargo público para defender posiciones políticas partidistas imputándoselas a un órgano que, especialmente en periodo electoral, debe ser neutral, para lo cual cita la sentencia de esta Sala 933/2016, de 28 de abril, ya citada.

5. Finalmente, respecto de la infracción del principio de igualdad, el demandante, lejos de fijarse en los precedentes lo hace en los posteriores, sin que concurra la igualdad en los casos, que toma como términos de comparación. Además, si así fuera no hay igualdad en la ilegalidad, como tiene dicho el Tribunal Constitucional, la igualdad debe invocarse dentro de la legalidad (Sentencia 181/2006).

6. Principio de proporcionalidad.

La sanción respeta el principio de proporcionalidad por razón de la finalidad disuasoria de las sanciones, que en este caso se ajusta al artículo 29.2 de la Ley 40/2015.

El artículo 153.1 de la LOREG prevé, para esta infracción, multa de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios.

El principio de proporcionalidad significa también que la sanción debe ser ajustada a la gravedad del hecho constitutivo de infracción, idónea y necesaria.

El principio de proporcionalidad significa también que la sanción debe ser ajustada a la gravedad del hecho constitutivo de infracción, idónea y necesaria. Para poder determinar la sanción conforme a todos estos requisitos, el artículo 29 de la LRJSP establece los siguientes criterios a tener en cuenta:

- El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- La naturaleza de los perjuicios causados.
- La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

La sanción también podrá ser graduada por el órgano competente (en grado inferior), siempre y cuando esté justificada la adecuación entre sanción y gravedad del hecho infractor y circunstancias que lo condicionen.

Analizadas las circunstancias concurrentes en el caso y debido al carácter de quien comete la infracción (máxima autoridad unipersonal de la comunidad autónoma), grave vulneración del principio de neutralidad (induciendo al voto de los electores), la gravedad de las expresiones referidas y los efectos que en los ciudadanos pueden producir, resulta proporcionada la sanción de 2.500 euros.

En relación con que la LOREG no distingue entre infracciones electorales muy graves, graves y leves, es cierto, pero, ciertamente, aunque ayudaría la determinación y clasificación a una mayor certeza y seguridad jurídica, es lo cierto que ninguna ley, en especial la Ley 40/2015, que regula la potestad sancionadora de la Administración, impone, como obligatoria, tal clasificación, en todo caso, dejando –cuando, como en el caso que analizamos, no es así– al buen criterio de la Administración la justa determinación de la sanción atendiendo a los factores de proporcionalidad antes señalados en el artículo 29 de la Ley 40/2015. Por supuesto, si se excede la Administración, podrá ser corregida por la jurisdicción contenciosa-administrativa o, incluso, por el Tribunal Constitucional.

Hay que precisar que en el caso que analizamos la diferencia entre el mínimo y el máximo de la sanción no es excesivo, va de 300 a 3.000 euros, por tratarse de autoridad el que ha cometido la infracción. Pero desde luego, la cuantía exacta hay que motivarla expresamente.

Por otra parte, se trata de una infracción administrativa en blanco que supone que una norma tipifica como infracción el incumplimiento de determinadas disposiciones contenidas en otras normas, de modo que el tipo infractor queda conformado por dos normas: la norma sustantiva sancionadora y la norma que le sirve de complemento colmando su vacío. En este sentido, el artículo 153.1 de la LOREG señala que «toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente».

Respecto a la falta de determinación de la prescripción de la infracción y sanción habrá de estarse a la interpretación más favorable al interesado, computando, por tanto, los plazos para las infracciones leves y las sanciones leves, en concreto, las infracciones leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas leves al año.

4. Comente las incidencias y consecuencias producidas en la tramitación del procedimiento sancionador.

1. Durante la instrucción, dictado el acuerdo de iniciación y notificado al expedientado, el instructor del mismo tiene conocimiento de que el órgano jurisdiccional competente instruye

procedimiento por presunto delito electoral por los mismos hechos, en virtud de denuncia presentada por varias asociaciones de vecinos de la localidad, sede de la presidencia de la comunidad autónoma. Pese a ello, continua con la instrucción y solo antes de dictar la propuesta de resolución suspende el expediente sancionador y remite testimonio de lo actuado a aquel órgano jurisdiccional. La representación legal del expedientado anunció recurso contencioso-administrativo independiente contra esta forma de proceder de la Administración.

Existe un principio general del derecho, el principio *non bis in idem*, que prohíbe imponer varias sanciones –ya sean penales o administrativas, o varias administrativas– cuando concurren identidad de sujeto infractor, hecho y fundamento de las mismas. Este principio fue constitucionalizado, pues desde la STC 2/1981 de 30 de enero, se encuentra incluido en el precepto constitucional del artículo 25.1 de la CE, inherente al principio de legalidad.

Por un lado, el artículo 30 de la LRJSP, relativo al principio de concurrencia de sanciones establece: «No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Por otro, el artículo 133 de la Ley 39/2015, LPAC, señala que «no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Finalmente, el artículo 77.4 de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común (LRPAC), que dispone: «En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien».

Como consecuencia de todo ello, si existen cuestiones de hecho con relevancia penal, el instructor del procedimiento «debe» suspenderlo por el carácter preferente de la jurisdicción penal.

Ahora bien, la ley no determina específicamente el momento procedimental en que se debe proceder a la suspensión del procedimiento y a la remisión de lo actuado al órgano jurisdiccional penal. Lo importante y esencial es que no se produzca la sanción administrativa antes del pronunciamiento penal para evitar la vulneración del principio antes referido de *non bis in idem*. Y, es más, por razones de eficacia y de seguridad jurídica se aconseja que se tramite cuanto antes el procedimiento administrativo, porque la inmediatez de los hechos puede asegurar una instrucción más segura y eficaz, entre otras cuestiones, respecto a las pruebas a realizar en el mismo. Por tanto, lo esencial es que no haya resolución alguna en el procedimiento sancionador, pero, respecto al momento de la suspensión, el instructor valorará su oportunidad y conveniencia. Ningún perjuicio o indefensión se causa al interesado por el momento en que se decreta aquella.

La STS, Sala 3.^a, de 11 de noviembre de 2016 (rec. núm. 317/2015) afirma que quienes sufren estas decisiones de suspensión del procedimiento adoptadas por el instructor administrativo, al tratarse de actuaciones de trámite, como tales no admiten recurso contencioso-administrativo (art. 112 LRPAC). Así, afirma el Supremo en la citada sentencia:

Pero es que, además, su naturaleza como acto de trámite viene avalada porque efectivamente es una resolución dictada en el seno del procedimiento administrativo sancionador que no pone fin a la vía administrativa (artículo 25.1 de la LJCA), que ha quedado de momento suspendida. Tampoco se trata de un acto de trámite cualificado porque no decide el fondo del asunto ni impide su continuación, por más que su posterior continuación, hasta la resolución del fondo, quede aplazada en el tiempo, en función del resultado de las actuaciones penales, del Ministerio Fiscal primero y, en su caso, de la jurisdicción penal después.

Por tanto, lo que cabía eran alegaciones, a tenor del artículo 73 de la LPAC, que se unirían al procedimiento.

Respecto a que sea el instructor el que decida la suspensión y la remisión, tiene razón: el competente para ello era el órgano resolutorio, o sea, la JCE, que debe dictar resolución motivada al respecto y solicitar del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas. En su caso, el tiempo de suspensión no afecta a la prescripción de la infracción, que se verá interrumpida, ni al plazo de caducidad del procedimiento sancionador. Finalmente, la suspensión debe ser mantenida hasta la firmeza de la resolución judicial.

2. Los partidos A y B, denunciante de los hechos que provocaron el procedimiento sancionador, no fueron llamados al mismo para que, si lo desearan, actuaran como interesados.

El denunciante, según el artículo 62.1 de la LPAC, es «el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo».

Por su parte, el artículo 62.5 determina que «la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento».

El denunciante debe ser persona identificada en su escrito de denuncia y en determinados procedimientos, por ejemplo, para la imposición de sanciones por infracciones del orden social no se admiten las denuncias anónimas.

El denunciante, en principio, es sustancialmente distinto de la parte interesada, de modo que aunque tiene cierta intervención en el procedimiento que su denuncia provoque, no por ello se constituyen parte, careciendo así de facultad alguna de iniciativa procesal y de legitimación para crear la obligación del órgano sancionador de investigar la concreta situación del hecho denunciado. Por tanto, con carácter general, los denunciante, en un procedimiento sancionador no ostentan un interés legítimo que provoque de forma necesaria su intervención en el mismo, ya que la potestad sancionadora se encamina a la defensa de los intereses generales, no a la defensa de intereses particulares, ni a la resolución de posibles controversias entre los mismos. Por ello, como meros denunciante, no tienen derecho al procedimiento, sino que vienen a ser meros testigos cualificados. El mero denunciante posee

el derecho al trámite, esto es, a obtener una respuesta jurídicamente motivada sobre su petición. Por eso, generalmente, el denunciante no puede recurrir un eventual archivo de las actuaciones ni de otro modo tiene que intervenir necesariamente en el procedimiento sancionador, aunque puede ser llamado por las partes interesadas como testigos.

En nuestro caso, es claro que la cuestión que plantean los denunciantes afecta al interés general y, también, a los partidos políticos que representan, puesto que se trata de una infracción de la legislación electoral y tienen interés legítimo, puesto que la infracción cometida puede afectar a la neutralidad que debe presidir el procedimiento electoral, y debemos recordar a este respecto que el presidente de la comunidad autónoma vulneró dicho principio, al solicitar el voto expresamente para su partido, amén de la presión indirecta sobre el electorado que la carta enviada por correo electrónico suponía. Por tanto, los denunciantes ostentaban interés legítimo que excedía de la mera defensa de la legalidad, ya que se verían afectados, favorable o desfavorablemente, por el contenido de la resolución que en su momento se dictara. Por ello, debieron ser llamados al procedimiento como interesados y con todos los derechos que la Ley 39/2015, especialmente el artículo 53, otorga a quienes ostentan dicha condición.

Ahora bien, como, finalmente, la resolución fue acorde con el interés legítimo que ellos pretendían, ya que se acabó sancionando al expedientado por una infracción electoral, es lo cierto que ninguna indefensión se les podía haber causado, por lo que, si no reaccionaron en su momento, solicitando ser parte interesada en el procedimiento ante la negativa o el silencio de la Administración, haber recurrido debidamente, en este momento, ninguna trascendencia tiene que no fueran llamados al procedimiento.

3. El instructor del procedimiento tenía pensado prescindir de la propuesta de resolución, pero con posterioridad acabó formulando la misma con una propuesta de sanción de 1.500 euros. ¿Hubiera sido ajustado a derecho que el instructor no hubiere formulado propuesta de resolución?

El derecho a ser informado de la acusación, conforme al artículo 24.2 de la CE, se satisface en el procedimiento sancionador por medio de la notificación de la propuesta de resolución, pues en ese acto se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa (STS de 16 de julio y 15 de septiembre de 1999).

Concluida la prueba el órgano instructor, conformar artículo 89 de la LPAC, deberá formular la propuesta de resolución con el contenido mínimo que dicho artículo precisa.

Dictada esta debe notificarse al expedientado, pues es una garantía fundamental para su defensa (STC 29/1989).

Ahora bien, se podría prescindir de este trámite cuando, en un momento anterior, sea notificado el pronunciamiento preciso acerca de los hechos imputados, su posible calificación jurídica y la responsabilidad que se imputa, pronunciamiento que se produce con

la notificación del acuerdo de iniciación (art. 66.2.b LPAC), y siempre que tales determinaciones iniciales hubieran permanecido inalterables tras la instrucción. Así, y si no se dieran las determinaciones iniciales, si se ha notificado fehacientemente el acuerdo de iniciación al imputado, la falta de notificación de la propuesta de resolución o la ausencia en sí del trámite no genera indefensión.

En relación con que el instructor propusiera una multa de 1.500 euros y, finalmente, el órgano resolutorio sancionará con 3000 euros, hay que señalar que el artículo 90.2 de la LPAC señala que:

En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculcado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes en el plazo de quince días.

Por tanto, la propuesta del instructor vincula al órgano sancionador en cuanto a ratificación de los hechos, pero no en cuanto a la determinación de la sanción (STS de 27 de mayo de 1997). Por ello, no se puede sancionar hechos distintos de los imputados recogidos en la propuesta de resolución, sin embargo, del órgano sancionador puede valorar los hechos de manera distinta a como los califica la propuesta de resolución, pudiendo libremente acordar una sanción distinta de la recogida en la propuesta. Pero las garantías de defensa del expedientado alcanzan a la inalterabilidad o integridad de los hechos imputados. Ahora bien, como el artículo citado 90.2 señala, es preciso que se notifique al inculcado la mayor sanción a imponer por el órgano resolutorio, para que efectúe las alegaciones que estime pertinente. Si no se hace así, se le causa una indefensión, en principio real y efectiva, que provocará la anulabilidad de la resolución sancionadora.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14, 24 y 155.
- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), arts. 8, 9, 13, 14, 19, 50, 109, 111, 120 y 153.
- Ley 39/2015 (LRPAC), arts. 47.1 b), 66.2, 77.4, 89, 90.2, 112 y 133.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 23, 29 y 30.

Actos de graduación del curso 2022-2023 y entrega de los Premios Estudios Financieros 2023

Madrid

Al amparo del solemne acto de graduación de alumnos de grado y máster del curso académico 2022-2023, el Grupo Educativo CEF.- UDIMA aprovechó la ocasión para escenificar también el merecido reconocimiento a los restantes ganadores del trigésimo tercer Premio Estudios Financieros, el pasado 4 de noviembre. Así, además de rendir homenaje a los más de 460 alumnos que superaban este año sus estudios superiores, por la tarima del Palacio Municipal de IFEMA en Madrid pasaron también los galardonados en el certamen



Panorámica de la mesa presidencial

en las modalidades de Derecho Civil y Mercantil, Derecho Constitucional y Administrativo, y Educación y Nuevas Tecnologías. El resto de las modalidades del Premio se entregaron en las sedes de Barcelona y Valencia.

Semejante ejercicio de reconocimiento a nuevos y veteranos no podía dejar de contar con la procedente mesa presidencial del grupo educativo. Encabezada por sus presidentes, Arturo y Arancha de las Heras García, junto a la rectora de la UDIMA, Concha Burgos García, y

su secretario general, Eugenio Lanzadera Arencibia, estuvieron estos acompañados por el padrino de la promoción, el presidente de la Audiencia Nacional, José Ramón Navarro Miranda. También estuvo presente el presidente de honor y fundador del grupo, Roque de las Heras. La ceremonia se desarrolló bajo la batuta del director de Comunicación, Luis Miguel Belda García, y la directora de Gestión Académica, Silvia Alonso.

La primera parte del acto abordó las modalidades del Premio Estudios Financieros de Derecho Constitucional y Administrativo y de Educación y Nuevas Tecnologías. Dentro del

ámbito del Derecho Constitucional y Administrativo, la ganadora del primer premio, Lucía Casado Casado, dedicó unas palabras de agradecimiento tanto a los premios como a la figura de Roque de las Heras, y la labor de apoyo a la investigación que comenzó con esta iniciativa.



Lucía Casado Casado, primer premio en Derecho Constitucional y Administrativo

en el derecho de seguros ante ciberataques perpetrados por Estados), el investigador animó a los graduados a participar en esta actividad académica: «Especialmente para aquellos jóvenes investigadores, tener la oportunidad de participar en un certamen de este prestigio

Casado defendió la oportunidad que estos premios dan a los investigadores para aportar su granito de arena a la sociedad, y remarcó la compleja labor que desempeña su jurado (del que ella misma formó parte en 2021), para acreditar el respetado anonimato de los trabajos seleccionados: «Es una satisfacción enorme ver que llegamos a la edición número 33, y la número 21 en esta modalidad».

Por su parte, el ganador del primer premio en la modalidad de Derecho Civil y Mercantil, Ignacio Sánchez Gil, sumó a las anteriores sus palabras de agradecimiento a Roque de las Heras cuando tomó el atril. Tras ofrecer una breve explicación de su trabajo (enfocado en un certamen de este prestigio tiene un valor incalculable».



Ignacio Sánchez Gil, ganador en Derecho Civil y Mercantil



José Ignacio Baile Ayensa consiguió el galardón en Educación y Nuevas Tecnologías

Mientras, el ganador del primer premio en la modalidad de Educación y Nuevas Tecnologías, José Ignacio Baile Ayensa, apuntó en su intervención a los trabajos no premiados, pero de igual valor, animando a sus autores a no desanimarse. Además, subrayó el respaldo claro y sencillo de los premios a la investigación, destacando su meritocracia y agilidad: «Van a los resultados, algo extraordinario en el panorama de premios a la investigación», abundó, antes de recordar que apoyar a la investigación «es hacerlo al desarrollo de la sociedad».

Esfuerzo y placer

«Me recordáis a mi frase favorita», señaló el presidente del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Arturo de las Heras, a graduados e investigadores: «Soy un gran creyente en la suerte; he des-



Foto de familia con José Ramón Navarro Miranda (2.º por la izq.), presidente de la Audiencia Nacional

cubierto que cuanto más duro trabajo, más suerte tengo». Así recogía el guante para sumarse al trabajo de alumnos, profesores, personal de administración y servicios, premiados y miembros del jurado del certamen. El presidente puso en valor especialmente el esfuerzo de los profesores del grupo, destacando «su segunda actividad» docente, en su afán por seguir siendo profesores tras la clases. Y recomendó a todos entrar a formar parte de la familia que es la Asociación de Antiguos Alumnos del grupo, la Alumni+ CEF.- UDIMA.

Entre sus principales integrantes está precisamente el secretario general, Eugenio Lanzadera, que centró sus palabras en dos conceptos «*a priori* antagónicos», pero que son los que se esconden tras lo que entiende por superación: «esfuerzo y placer». Según defendió, «la verdadera felicidad es la obtenida con esfuerzo»; es una garantía de progreso personal, y sin ella no hay aprendizaje.

Un aprendizaje que representan los 464 egresados y que supone un logro fruto de ese esfuerzo, y que la propia rectora de la UDIMA, Concha Burgos, celebró «no solo por su conocimiento adquirido, sino por su resiliencia y capacidad de superación» ante las adversidades. Durante su discurso, la rectora argumentó a favor del papel de la universidad como fábrica de intelectuales, esa figura que desde los tiempos de Pericles en la antigua Grecia, hasta nuestros días con Jonathan Swift, ha criticado el poder político y se ha mostrado idealista.



Posado de doctores en Derecho de la UDIMA



Perspectiva de egresados del CEF.- y la UDIMA

Adaptados, humanos, íntegros

En esa misma línea de elogio y consejo se pronunció el padrino de la promoción en el ecuador del acto. El presidente de la Audiencia Nacional, José Ramón Navarro, coincidió con la rectora en que han superado mucho más que un curso académico; han superado meses de trabajo y cargas personales y profesionales. A pesar de todo, ellos «aquí están, listos para afrontar el mundo con los conocimientos y habilidades que han ido adquiriendo». Navarro aportó a los alumnos tres claves para su vida profesional.

«Adaptabilidad», comenzó. «Será vuestra mejor aliada en un mundo en constante cambio», pues ante los prolíficos cambios de la tecnología, solo hay una certeza constante: aprender a adaptarse y estar siempre dispuesto a aprender. Conseguirlo será clave para ser siempre relevantes, resaltó Navarro. «Valorar las relaciones humanas», prosiguió, pues sin estas conexiones no podemos establecer perspectiva de mejora y cambio. Nunca desdeñar las relaciones profesionales de cualquier índole fue el segundo de sus consejos; «siempre con respeto y empatía». «Integridad como columna», anotó en tercer lugar. Y es que ser honestos, éticos y no solo conformarse con el comercio es la guía a seguir para hacer el camino hacia «el éxito sostenible». «Recuerden que la confianza, una vez perdida, es difícil de recuperar», advirtió.

Espíritu Indiana Jones



En representación de los graduados intervino Gonzalo Rodríguez

dijo agradeciendo con vehemencia el papel de profesores, compañeros y familias.

El capítulo se termina pero da paso a uno nuevo, y así lo entendió también la representante de los alumnos de máster, Patricia Peña Cabo. Tras superar el Máster en Asesoría de Empresas, es consciente de que toca «avanzar hacia el próximo

En representación de los alumnos de grado tomó en primer lugar la palabra el egresado en el Grado en Ingeniería de Organización Industrial Gonzalo Rodríguez. Desde su origen latinoamericano, Rodríguez contó su historia, imprimiendo en sus palabras la épica y la superación (lo que llamó el «espíritu de Indiana Jones»), dejando su país de origen y llegando a España para formarse con la UDIMA. «Una travesía larga, difícil y solitaria», aseguró, como la de cada uno de los graduados. «Hoy todas nuestras historias se tocan», continuó, para demostrar «que en esta aventura de la educación a distancia no estamos solos»,



La representante de los alumnos de máster fue Patricia Peña Cabo

capítulo en nuestras vidas». Agradeció la labor de docentes y personal administrativo, pues facilitaron enormemente su progreso. «Sigamos con la misma determinación», abanderó. «Es un placer representar al CEF.- y la UDIMA, que muchos ya consideramos nuestra casa».

Bajó el telón de esa casa la presidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Arancha de las Heras, quien recalcó lo especial de la celebración, tras un camino largo y de esfuerzo. «Graduados, no solo habéis adquirido conocimientos, sino que también habéis establecido lazos con compañeros y profesores», admitió, y que «no pueden terminar ahora». Por ello, además del papel de la Alumni+ CEF.- UDIMA, la presidenta enfatizó el valor de la Bolsa de Trabajo y Emprendedores del grupo, donde los egresados podrán encontrar «magníficos profesionales, muchos antiguos alumnos como vosotros». «Espero que esta celebración sea un hasta pronto y podamos vernos de nuevo. ¡Enhorabuena!».

Redacción CEF.- UDIMA Media

Barcelona

El acto de clausura del curso académico 2022-2023 en el Grupo Educativo CEF.- UDIMA se solapa felizmente con la entrega de las becas de graduación para los alumnos que superaron en su día sus estudios. Ocurrió el día 11 de octubre en Barcelona, donde también se procedió a la entrega de los galardones del Premio Estudios Financieros en las modalidades de Contabilidad y de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.



Miguel Ángel Purcalla Bonilla,
jurado en Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

La bienvenida a los alumnos y premiados corrió a cargo de Javier García Ortells, director del CEF.- y la UDIMA en la Ciudad Condal, a quien siguió la intervención de Miguel Ángel Purcalla Bonilla, presidente del jurado del Premio Estudios Financieros 2023 en la modalidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Tras su alocución, se procedió a su entrega a los investigadores distinguidos en esta ocasión en la modalidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Arturo Montesdeoca Suárez, con el primer premio, y José María Miranda Boto y Elisabeth Brameshuber, con el accésit; y de Contabilidad, cuyo primer premio logra-



Emilio Álvarez Pérez, padrino de la
promoción y jurado en Contabilidad

Arturo Montesdeoca Suárez, con el primer premio, y José María Miranda Boto y Elisabeth Brameshuber, con el accésit; y de Contabilidad, cuyo primer premio logra-

ron Isidoro Guzmán Raja y Manuela Guzmán Raja, y María Cristina Abad Navarro, Francisco Bravo Urquiza y Nuria Reguera Alvarado, acreedores del accésit.



Arturo Montesdeoca Suárez, con su diploma de primer premio, junto a Javier García Ortells, director de CEF.- UDIMA en Barcelona



Manuela e Isidoro Guzmán Raja recibieron el primer premio en Contabilidad

A continuación tuvo lugar el discurso de Rosa Milán Hernández, en nombre del claustro de profesores del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, y la esperada imposición de becas a los alumnos egresados de grados y másteres. Tamara Peyretó Cuéllar, alumna del Máster en Dirección y Gestión de Recursos Humanos, intervino en representación del alumnado.



Rosa Milán Hernández intervino en representación del claustro de profesores

Posteriormente, se procedió al reconocimiento a los alumnos de oposiciones que han aprobado sus respectivos procesos selectivos, en representación de los cuales habló Roger Solanellas Griso, alumno-opositor de Técnicos de Hacienda.

Camino del cierre del acto, tomó la palabra Emilio Álvarez Pérez, presidente del jurado del Premio Estudios Financieros 2023 en la modalidad de Contabilidad, y padrino de esta promoción 2022-2023, a quien siguió, para la clausura del acto, Aránzazu de las Heras García, presidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA.



Tamara Peyretó Cuéllar habló en nombre del alumnado

Valencia

La sede del Grupo Educativo CEF.- UDIMA en Valencia ha acogido el acto de graduación del último curso el día 28 de septiembre, tanto en la escuela de negocios como en la universidad, así como la entrega de los Premios Estudios Financieros en las modalidades de Tributación y de Recursos Humanos.

Bajo la dirección de Elena Albarrán García, jefa de estudios del área de cursos y másteres en CEF.- UDIMA Va-



Carlos Clemente Collado representó al claustro de profesores

lencia, el evento reunió a los estudiantes que residen en esta comunidad autónoma, y a todos aquellos de cualquier parte de España que decidieron en su día recibir su beca y merecido homenaje en la capital del Turia.

En primer lugar, tuvo lugar el solemne acto de entrega de los Premios Estudios Financieros, que contó con la intervención de José María Peiró Silla, catedrático de Psicología Social de la Universidad de Valencia y presidente



José María Peiró Silla, jurado en Recursos Humanos

del jurado de los Premios que se conceden en Recursos Humanos, y, en el sentido protocolario, presidente, esta vez, de ambos premios, incluido el de Tributación.



Luis M. Salas García-Neble ganó en la modalidad de Tributación

Toda vez que fueron entregado los premios, se procedió a celebrar el solemne acto de graduación, que arrancó con la bienvenida a los alumnos egresados a cargo de José Pedro Valero Tolosa, director de CEF.- UDIMA en Valencia.



Carlos María Alcover de la Hera, primer premio de Recursos Humanos

Continuó el acto con el discurso de Carlos Clemente Collado, profesor del CEF.- y la UDIMA, y socio de auditoría en PwC, en representación de todo el claustro de profesores, tras lo cual se procedió a la imposición de becas a los alumnos egresados de grados y másteres.

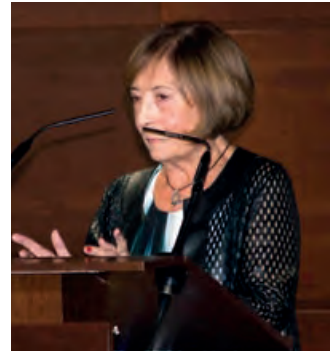
En representación de los estudiantes de grado y máster tomó la palabra Cristina Ordiñaga Donderis, alumna del Máster en Tributación/Asesoría Fiscal. A continuación, tuvo lugar un reconocimiento a los alumnos que han aprobado los procesos selectivos a los distintos cuerpos de la Administración General del Estado, en representación de los cuales habló Álvaro Rodríguez Baeza, alumno de Técnicos de Hacienda.



Cristina Ordiñaga Donderis representó a los alumnos



Álvaro Rodríguez Baeza habló en nombre de los opositores



María Teresa Soler Roch fue la madrina de la promoción

A *posteriori*, intervino María Teresa Soler Roch, madrina de la promoción y catedrática emérita de la Universidad de Alicante, y procedió a la clausura formal del acto Arturo de las Heras García, presidente del Grupo Educativo CEF.- UDIMA.



Foto de familia de los premiados con los integrantes de la mesa presidencial

Vigo

La escuela de negocios del Centro de Iniciativas Profesionales (CIP), asociada con el CEF.- Centro de Estudios Financieros y la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, celebró el pasado 22 de septiembre la solemne clausura anual del curso académico 2022-2023, así como la entrega anual de diplomas de másteres, en el Círculo de Empresarios de Galicia.

A la ceremonia se sumaron los alumnos del resto de titulaciones de grado y máster que han completado sus estudios *online* a través de la UDIMA.

En esta entrega de diplomas de CIP-CEF-UDIMA, a la que asistió el presidente fundador del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Roque de las Heras, se conmemoró el 30.º aniversario del Máster en Tributación/Aseesoría Fiscal.

Al acto acudieron, además, el presidente de la Confederación de Empresarios de Pontevedra, Jorge Cebreiros; el presidente del Grupo CIP, Pedro Rey, y representantes del Concello de Vigo.



Mesa presidencial del acto

El CIP presentó hace más de tres décadas una oferta educativa especializada, convirtiéndose en el transcurso de estos años en una de las más prestigiosas escuelas de pos-



Jorge Cebreiros, presidente de los Empresarios de Pontevedra



Todos los egresados recibieron la felicitación personal de todos los miembros de la mesa presidencial

grado del norte de España, tanto por la variedad de su oferta formativa como por el número de alumnos, posicionándose entre las más prestigiosas de España.



Roque de las Heras acompañado de los recién titulados del CEF.- y la UDIMA

Redacción CEF.- UDIMA Media

Ahora



MÁSTERES

CURSOS



¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y
Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas •
Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos •
Tributación

Presencial | Telepresencial | Online

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 - Empresa y Tecnología - 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

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

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 - Educación Inclusiva y Personalizada - Educación y Recursos Digitales - Formación del Profesorado de Educación Secundaria - Gestión Sanitaria - Psicología General Sanitaria - Psicopedagogía - Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario - Auditoría de Cuentas - Dirección Comercial y Marketing - Dirección de Empresas Hoteleras - Dirección de Negocios Internacionales - Dirección Económico-Financiera - Dirección y Administración de Empresas (MBA) - Dirección y Gestión Contable - Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal - Asesoría Fiscal - Asesoría Jurídica de Empresas - Asesoría Jurídico-Laboral - Dirección y Gestión de Recursos Humanos - Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente - Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario - Práctica de la Abogacía y la Procura - Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe - Enseñanza del Español como Lengua Extranjera - Interuniversitario en Unión Europea y China - Mercado del Arte - Seguridad, Defensa y Geoestrategia



Si necesitas volar,
SOMOS TUS ALAS
Contigo, somos uno.