

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 258 | Julio 2022

ISSN: 2697-1631

identification

short break

Implementación del artículo 18.4 de la CE. Derecho al olvido

Pablo Tortajada Chardí

Responsabilidad del higienista dental y dependencia orgánica y funcional con el dentista

Luis Corpas Pastor

Alquiler turístico

María José Hernández Rodríguez

fingerprint

scan

security

Tu currículum no dice que

CUANDO QUIERES ALGO NO HAY QUIEN TE PARE

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

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



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

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

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

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

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

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • 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 Jurídica de Empresas • Asesoría Fiscal • 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 • 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

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA

Revista CEFLegal

Núm. 258 | Julio 2022

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 asesor

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

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Dolores Bardají Gálvez. Profesora titular de Derecho Civil. ESADE

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

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

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

Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero. Profesor titular de Derecho Mercantil. Universidad de Vigo

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

Alicia González Alonso. Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional. UAM y letrada del TC

Sara González Sánchez. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad CEU Cardenal Herrera Oria

Carlos Gómez Asensio. Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia

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

José Damián Irazo Cerezo. Magistrado del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo

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

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

Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas. Catedrático de D. Mercantil. Universidad CEU San Pablo

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

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

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

Linda Navarro Matamoros. Profesora de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia

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

Fabio Pascua Mateo. Catedrático acreditado de Derecho Administrativo. UCM

Juan Antonio Xiol Ríos. Magistrado del Tribunal Constitucional

Edita

Centro de Estudios Financieros

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

Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

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

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2022) (11 números) 175 € en papel / 90 € en digital

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

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

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

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



Imprime

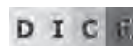
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2022 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

Revista CEFLegal

ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

Responsabilidad del higienista dental en relación de dependencia orgánica y funcional con el dentista: la acción directa 5-38

Responsibility of the dental hygienist in relation to organic and functional dependency with the dentist: direct action

Luis Corpas Pastor

Alquiler turístico. Posibilidad de prohibir el alquiler vacacional. Mayorías necesarias para adopción de acuerdos de limitación 39-52

Tourist rental. Possibility of prohibiting tourist rentals. Majorities necessary for adoption of limitation agreements

María José Hernández Rodríguez

Derecho del menor: comunicación y estancia con sus progenitores (Comentario a la STS de 18 de mayo de 2022) 53-58

Casto Páramo de Santiago

Constitucional-administrativo

Implementación normativa del artículo 18.4 de la CE: El derecho al olvido 59-96

The statutory implementation of article 18.4 of the Spanish Constitution: The right to be forgotten

Pablo Tortajada Chardí

Casos prácticos

Civil

Requisitos del plan de pagos en el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho 97-103

Adelaida Medrano Aranguren

Percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas 104-111

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Administrativo

Competencia de una mancomunidad de municipios. Ordenanza fiscal. Recurso contencioso-administrativo 112-126

Julio Galán Cáceres

Normas de publicación 127-128

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

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

Responsabilidad del higienista dental en relación de dependencia orgánica y funcional con el dentista: la acción directa

Luis Corpas Pastor

Profesor de Derecho Civil. Universidad de Málaga

doctorcorpas@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-4655-532X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardají Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

Extracto

El objetivo de este trabajo es analizar la responsabilidad profesional sanitaria en el ejercicio profesional de la higiene bucodental en su contexto natural: esto es, como profesionales sanitarios dependientes del dentista.

De todos es sabido que la odontología es una profesión de riesgo, tanto para el paciente como para el profesional que lo atiende. Para este último, surge responsabilidad ante la producción de un daño indemnizable cuando se puede establecer una relación de causalidad: una imputación objetiva y subjetiva entre la actuación (o la ausencia de la misma) y el daño efectivamente producido (concreción de un riesgo característico e ínsito en cualquier actividad sanitaria). Efectivamente, en el ejercicio profesional del higienista dental pueden producirse daños, por las notas que caracterizan esta actividad y la odontología en general.

Ante la producción de un daño, las vías para reclamar una indemnización por parte del perjudicado por la actuación del higienista dental son varias. Hoy por hoy, los tribunales exigen un plus de subjetividad para otorgar una indemnización y, en el caso de la actividad odontológica, aunque el productor directo del daño sea el personal auxiliar o dependiente del dentista, suele derivar en acciones contra el dentista, directamente vía responsabilidad contractual o extracontractual; o a través de la acción directa del artículo 76 de la LCS, contra su aseguradora de RC.

Finalmente, en este trabajo ponemos de manifiesto la obligatoriedad del aseguramiento de la RC del higienista dental, como profesional sanitario, y la posibilidad que tienen los perjudicados por su actuación profesional vía acción directa del artículo 76 de la LCS contra la aseguradora del higienista dental.

Palabras clave: responsabilidad civil; acción directa; higienista dental; daños en odontología.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Corpas Pastor, L. (2022). Responsabilidad del higienista dental en relación de dependencia orgánica y funcional con el dentista: la acción directa. *Revista CEFLegal*, 258, 5-38.



Responsibility of the dental hygienist in relation to organic and functional dependency with the dentist: direct action

Luis Corpas Pastor

Abstract

The aim of this work is to analyze the professional health responsibility in the professional practice of oral hygiene at its own context (as health professional's dependent from the dentist practitioner).

Nowadays, dentistry is considered a risky profession, both for the patient and for the professional who cares for him. Liability arises for the production of compensable damages when a causal relationship can be established through an objective and subjective imputation between the action (or an omission) and the damages actually is produced (that is, a concretion of a characteristic risk and inherent in any health activity). Indeed, in the professional practice of the dental hygienist, damages may occur, due to the notes that characterize this activity and dentistry in general. Faced with the production of damage, several ways to claim a compensation from the injured party –due to the performance of the dental hygienist– are possible. Today, in Spain, the courts require a plus of subjectivity to grant compensation and, in the case of dental activity, although the direct producer of the damage is the auxiliary or dependent staff of the dentist, it usually leads to actions against the dentist, directly via contractual or non-contractual liability; or through the direct action of article 76 LCS (Insurance Contract Law, by its acronym in Spanish), against your civil liability insurer.

Finally, in this work we highlight the obligation of the insurance of the civil liability of the dental hygienists, as health professionals, and the possibility that those injured by their professional performance have through direct action of article 76 LCS against the insurer of the dental hygienist.

Keywords: civil liability; direct action against the insurer; dental hygienist; damage in dentistry.

Citation: Corpas Pastor, L. (2022). Responsabilidad del higienista dental en relación de dependencia orgánica y funcional con el dentista: la acción directa. *Revista CEFLegal*, 258, 5-38.



Sumario

1. Introducción
 - 1.1. Marco legal de la profesión de higienista dental
 - 1.2. Perfil profesional de higienista dental
 - 1.3. Objetivos
 2. La responsabilidad profesional
 - 2.1. Responsabilidad deontológica y administrativa
 - 2.2. Responsabilidad penal (y la responsabilidad civil *ex delicto*)
 - 2.3. La responsabilidad civil
 - 2.4. Tratamiento jurisprudencial de la obligación y de la responsabilidad civil sanitaria y dental en particular
 3. El seguro de responsabilidad civil obligatorio: la acción directa
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La higiene bucodental, como profesión sanitaria, no se entiende sin la existencia de la odontología, de la que es *colaboradora natural*, y sin la cual no podría ejercerse en España, puesto que el higienista dental, como profesional sanitario regulado por el ordenamiento, únicamente puede realizar funciones asistenciales bajo la supervisión directa de un facultativo dentista o médico especialista en cirugía maxilofacial, a tenor del marco legal de la profesión que describimos a continuación.

Además, cabe dentro de la más pura lógica que los conceptos de higiene, prevención y salud se interrelacionan y adquieren en el campo de la salud bucodental unos significados intrínsecos en relación con la salud del aparato estomatognático y, por ende, de la salud general del individuo y de la comunidad.

Su importancia es crucial en el mantenimiento de la salud periodontal de los pacientes, pero en la actividad del higienista dental, como en la actividad de medios que es toda la odontología, se exige una especial diligencia profesional, por la posible aparición de efectos adversos o inesperables, e incluso la producción de daños por los que los pacientes pueden reclamar.

1.1. Marco legal de la profesión de higienista dental

Como hemos explicado, la profesión de higienista dental es de creación legal, a través de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental, dentro del marco legal en España, que se esquematiza a continuación¹:

¹ Dentro del Estado constitucional multinivel que da forma política actualmente a España, existen únicamente cinco colegios oficiales de higienistas dentales, creados por las comunidades autónomas en desarrollo de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales (BOE núm. 40, de 15 de febrero),

- Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.
- Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental.
- Real Decreto 1594/1994, de 15 julio, por el que se desarrolla la Ley 10/1986, de 17 de marzo, reguladora de la profesión de odontólogo y las de otros profesionales relacionados con la salud.

Hay que aclarar que La Ley 10/1986, de 17 de marzo, en su dicción literal, «regula», «reconoce» y «crea», respectivamente, las profesiones de odontólogo, protésico dental e higienista dental (Souviron Morenilla, 1988, p. 102). Pues la única profesión que crea realmente esta ley es, precisamente, la de higienista dental, ya que la odontología fue creada mediante ley anterior, y «recuperada» por esta a través de su regulación para armonizarnos con Europa; mientras que la profesión de protésico dental, también sanitaria de formación profesional, simplemente se «reconoce», pues era ejercida por técnicos, pero que hasta entonces no se reconocían como profesión sanitaria.

1.2. Perfil profesional de higienista dental

Tal y como acabamos de señalar, la profesión de higiene dental tiene una *ley de creación*, con un real decreto que desarrolla su perfil profesional, que

queda determinado por su competencia general, sus competencias profesionales, personales y sociales, por la cualificación del Catálogo Nacional de Cualificacio-

y sus respectivas normativas descentralizadas. Estos colegios son los de la Comunidad de Madrid (www.colegiohigienistasmadrid.org), Extremadura (www.colegiohigienistasextremadura.com), Valencia (www.colegiohigienistascv.es), Galicia (www.hidegal.com) y Castilla-La Mancha (www.colegiohigienistascastillalamancha.es/). Cada uno con sus respectivos códigos deontológicos, como veremos más adelante. Además, existen dos asociaciones profesionales: la Asociación Española de Higienistas Bucodentales, HIDES (www.hides.es) y la Asociación de Higienistas y Auxiliares Dentales de Cataluña (www.ahiadec.com). Evidentemente, en este apartado convendría realizar una búsqueda de la normativa autonómica de la profesión de higienista dental, pero ese contenido escapa de nuestros objetivos.

nes Profesionales y por lo previsto, en relación con la profesión de higienista dental, en el artículo tercero de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, por la que se regula la profesión de odontólogo y las de otros profesionales relacionados con la salud dental y disposiciones de desarrollo,

a tenor del artículo 3 de este Real Decreto 769/2014, de 15 de julio, normativa que forma parte del marco legal de higiene bucodental, que se relaciona en el siguiente apartado. Su artículo 4 define la competencia general del higienista que

consiste en promover la salud bucodental de las personas y de la comunidad, mediante el desarrollo de actividades preventivas y técnico-asistenciales que incluyen, la exploración, la evaluación, la promoción y la realización de técnicas odontológicas en colaboración con el odontólogo o médico estomatólogo. Como miembro de un equipo de salud bucodental realizará su actividad profesional con criterios de calidad, seguridad y optimización de recursos.

Finalmente, sus competencias profesionales, personales y sociales las determina el artículo 5 de este Real Decreto 769/2014, al cual nos remitimos.

Hay que explicar que una cosa son las competencias y otras las atribuciones. Nuestro Tribunal Supremo ya ha aclarado la distinción entre ambos conceptos (STS de 3 de enero de 2013 de la Sala 3,^a, que considera –en este caso, acerca de los profesionales de la enfermería– que

si la cualificación profesional que establece el RD 887/2011, y su formación asociada correspondiente, no constituye, ni en base a él, ni con sustento en el sistema en que se integra, una regulación del ejercicio profesional, de él no deriva como efecto o consecuencia jurídica la merma o modificación, para otros, o la asignación, para los que la obtengan, de *funciones o de atribuciones profesionales* en sentido estricto o propiamente dichas, que sean propias, pertenezcan, o estén reservadas a una determinada profesión regulada).

En cuanto al perfil humano, el último estudio sobre la profesión de higienista dental en España (Carasol y Gómez, 2020) señala que la mayoría de los higienistas dentales (95 %) son mujeres (p. 773) y más de 2/3 de los higienistas «está comprendido entre los 25 y los 44 años, indicando el predominio de adultos jóvenes [...] creando un núcleo de higienistas con grandes posibilidades de evolucionar a nivel laboral, de formación y experiencia» (p. 21). Teniendo en cuenta que «un 90 % trabaja en la sanidad privada» (p. 75), pensamos, puede tener relevancia este trabajo al tratarse de una profesión joven y emergente que se ejerce mayoritariamente de forma privada y que «la mayoría de la población encuestada prefiere trabajar de forma coordinada con el dentista y bajo supervisión» (p. 76). Como no puede ser de otra forma, puesto que el ejercicio clínico de la profesión de higienista dental debe ser supervisado por el facultativo.

1.3. Objetivos

El objetivo de este trabajo es analizar la responsabilidad profesional sanitaria en el ejercicio profesional de la higiene bucodental en su contexto natural: esto es, como profesionales sanitarios dependientes del dentista.

De todos es sabido que la odontología puede ser una profesión de riesgo (no solo para el paciente, sino para para el profesional que lo atiende). Para este último, surge responsabilidad ante la producción de un daño indemnizable cuando se puede establecer una relación de causalidad y una imputación objetiva y subjetiva entre la actuación (o la ausencia de la misma) y un daño cierto. En estos casos, el dañado (el acreedor de la prestación de hacer que constituye la asistencia dental) puede optar por varias vías de actuación para conseguir una indemnización.

En este trabajo vamos a centrarnos en la responsabilidad profesional del higienista dental, como profesional sanitario, para, finalmente, analizar la acción directa del artículo 76 de la Ley de contrato de seguro (LCS) (Ley 50/1980, de 8 de octubre, BOE de 17 de octubre); puesto que se trata de una vía general indemnizatoria *segura* para el dañado, con amplio margen de prescripción, frente al corto plazo de la responsabilidad civil extracontractual; sin perjuicio de las ulteriores acciones de repetición de la aseguradora frente a quien corresponda.

2. La responsabilidad profesional

La responsabilidad profesional en el ámbito sanitario debe entenderse como «la obligación que tienen los profesionales sanitarios de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios, incluso involuntarios dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión» (Gisbert Grifo y Fiori, 2004, p. 109).

Los y las higienistas dentales, como las personas que ejercen la odontología y cualquier otro profesional del ámbito sanitario, están sujetos a la responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

Se ha afirmado que la palabra *responsabilidad* tiene una naturaleza polisémica, en la teoría general del Derecho; donde dicho término adquiere varios significados como concepto jurídico *algo ambiguo* que tiene un «significado principal» (Sanz Encinar, 2000, p. 54) como un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado, con la consecuencia jurídica de reparar el daño una vez imputada la responsabilidad mediante el reproche. Dependiendo de la tipicidad o no de sus acciones y del ámbito público o privado en la que se desarrolle la atención al dañado, podrá incurrir en responsabilidad deontológica, administrativa, civil o penal. Todos estos ámbitos son parcelas en las que se divide artificialmente la responsabilidad profesional sanitaria.

La responsabilidad alcanza directamente al productor de un daño, cuando no haya una causa de justificación. Hay que aclarar que, aunque la palabra responsabilidad se utiliza en todos estos ámbitos, su naturaleza es diferente, dependiendo del orden en el que se emplee: en los ámbitos administrativo y penal, es sancionadora, mientras que la de las normas civiles es reparadora.

En cuanto a la responsabilidad moral, o ética, los códigos deontológicos de cada uno de los cinco colegios profesionales de higienistas bucodentales que existen en España comparten una serie de normas éticas profesionales en cuanto al respeto por sus funciones, la lucha contra el intrusismo (estando obligado a denunciar al colegio todo acto de intrusismo que llegue a su conocimiento, tanto por supuestos de no colegiación, como por hallarse suspendido o inhabilitado el colegiado) y la garantía de seguridad del paciente. Por todos, el Código Deontológico del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de la Comunidad de Madrid exige el cumplimiento de la «normativa vigente que en cada momento se dicte, al objeto de ofrecer a la sociedad un servicio o producto acorde con el prestigio de la profesión» (artículo 6) o, en el caso de su competencia profesional, la prevención de actuaciones de riesgo para el paciente, imponiendo el deber de comunicar inmediatamente «si no se considera preparado adecuadamente para desarrollar una función o tarea, ya que la complejidad de las necesidades del paciente excede de sus conocimientos [...]. Ante la duda no arriesgará en ninguna acción que pueda causar cualquier perjuicio al paciente, sino que deberá consultar a colegas o delegar el trabajo en otros profesionales cualificados. Si el/la higienista dental no fuera consciente de tales deficiencias y estas fueran advertidas por otro/a compañero/a, éste estará obligado a comunicárselo y, en caso necesario lo pondrá en conocimiento del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de forma objetiva y con la debida discreción» (artículo 9). Insistiendo en el siguiente artículo: (artículo 10) que «el/la higienista dental en cualquier ámbito donde desarrolle su labor debe poseer los conocimientos y la cualificación técnica que le permita asumir sus responsabilidades profesionales». Además de mantener una actitud crítica permanente «con el fin de garantizar una mejora profesional constante» (artículo 12) y una adecuada formación continuada «incorporando las nuevas técnicas y los conocimientos resultantes de los avances científicos, para proporcionar la calidad debida a todos sus trabajos» (artículo 11)². Por tanto, la primera obligación del profesional de la salud bucodental es realizar con plena eficacia y seguridad sus funciones, dentro de la *lex artis* vigente en cada momento, denunciando cualquier forma de intrusismo en relación con sus funciones y velando en todo caso por el bien del paciente. Es decir, la responsabilidad deontológica y profesional. Por la naturaleza de la actividad sanitaria en

² De la misma forma, los apartados 1 y 2 del artículo 75 del Código español de ética y deontología dental, sobre la protección del ámbito competencial de los dentistas, establece que «en relación a Técnicos Diplomados en Enfermería, Ayudantes Técnicos Sanitarios, Técnicos en Prótesis Dental, Higienistas Dentales, Auxiliares Dentales y demás personal colaborador, el dentista respetará el ámbito de sus competencias específicas, pero jamás permitirá que invadan el área de su responsabilidad exclusiva. 2.- El dentista jamás delegará competencias que, por su cualificación y especificidad, le son propias».

general (diagnóstica o terapéutica y dentro de esta particularmente la actividad quirúrgica o terapéutica dental) puede verse lesionada la integridad física del paciente, incluso, como sostiene García Garnica (2010), «con fines curativos. Esto impone analizar en qué supuestos el paciente ha de asumir los daños y secuelas que pueda padecer a resultas de un acto médico, y en qué supuestos tales daños determinarán el surgimiento de responsabilidad civil» (p. 11); y añadiríamos penal o administrativa.

La jurisdicción ordinaria, según lo que se desprende del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, consta de cuatro órdenes: civil, penal, administrativo y social. La competencia será en el orden civil, generalmente si estamos en el tipo de ejercicio privado, salvo que los hechos de los que deriva el resultado dañoso constituyan un delito, en cuyo caso será el orden jurisdiccional penal el competente.

De la misma manera que, en el caso del ejercicio público, será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo –por regla general–, salvo que los hechos estén tipificados y pueda anudarse una responsabilidad penal.

A través de estos órdenes jurisdiccionales, excepto la jurisdicción social³, veremos, puede exigirse indemnización como consecuencia de actos sanitarios. La vía más frecuente es la jurisdicción civil: hasta 2010, de un total de 2.817 sentencias judiciales sobre reclamaciones por mala praxis médica de los tribunales españoles de segunda o tercera instancia, correspondieron a la civil un 85 % de los casos, a la contencioso-administrativa, un 7 % y solo un 8 % de ellas a la penal (Perea Pérez *et al.*, 2013, p. 130); lo que se induce a interpretarse como una *mejor viabilidad civil* para el resarcimiento de un daño ocasionado por una «mala praxis» (concepto indeterminado que abarca tanto la negligencia médica, en la que el profesional sanitario actúa apartándose de la *lex artis*, produciendo un daño, como la imprudencia. Es decir, acciones que realiza el profesional de forma temeraria y, por último, la impericia, que se da cuando el profesional sanitario desconoce absolutamente la técnica, o carece de experiencia suficiente y de habilidad clínica para el desempeño de su profesión, y ello perjudica al paciente).

³ La Ley 13/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, estableció claramente la competencia exclusiva de esta jurisdicción para el conocimiento de asuntos de responsabilidad sanitaria derivada de actuaciones llevadas a cabo dentro del Sistema Nacional de Salud; por cuanto este orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad», según lo previsto en su artículo 2 e), que desarrollaremos en el apartado siguiente. Por tanto, son tres los órdenes de la jurisdicción ordinaria en los cuales se puede sustanciar una reclamación indemnizatoria por un asunto médico: orden penal, civil y contencioso-administrativo. Y es en cualquiera de estos tres órdenes donde se puede establecer la responsabilidad por daño y su correlato, la indemnización, razón de ser este trabajo.

2.1. Responsabilidad deontológica y administrativa

La responsabilidad deontológica puede derivar en una responsabilidad administrativa, según los correspondientes códigos deontológicos profesionales, cuando el profesional sanitario cometa alguna falta tipificada como tal y esté amparado por este tipo de corporación de derecho público (y, por lo tanto, con potestad sancionadora). Por otra parte, el cumplimiento de las normas administrativas, generalmente, recae sobre el titular del centro sanitario correspondiente. No así las normas tributarias que han de cumplir todos los que realicen actividades por cuenta propia y por cuenta ajena, sometiéndose todos ellos al gravamen del hecho impositivo, ateniéndose a la actividad inspectora y a la responsabilidad administrativa tributaria correspondiente. El ejercicio de la potestad sancionadora del empresario en el ámbito social, así como el régimen disciplinario, aplicable también a empleados públicos, constituye expresión de la responsabilidad administrativa que tienen todos los profesionales sanitarios en su ámbito correspondiente.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial que surge del daño producido por el funcionamiento de la Administración (sea normal o anormal), la misma se regula tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, como en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público; en las cuales existen normas de responsabilidad civil por el resultado lesivo del funcionamiento de los servicios públicos. En los supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria Gallardo Castillo (2009) sostiene que

el cómputo del plazo de prescripción (que con carácter general se establece en un año desde que se produjo el hecho o se manifestaron sus efectos lesivos), en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el ámbito de la medicina pública, la competencia será del orden contencioso-administrativo [...] responsabilidad patrimonial de la administración [...], que imputa objetiva y directamente la responsabilidad derivada de daños causados por el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, y entre ellos, de los sanitarios (pp. 93 y ss.).

Como es directa de la Administración, en principio no involucra al profesional sanitario. En consecuencia, se trata de una responsabilidad originariamente objetiva, esto es, sin culpa; bastando demostrar el daño y la relación de causalidad. Solo se excluye la fuerza mayor (acontecimiento externo e inevitable) pero no el caso fortuito (acontecimiento interno e imprevisible), aunque la jurisprudencia se ha encargado de encauzar hacia una subjetivación de la responsabilidad patrimonial, centrándola en algún aspecto de culpa o negligencia del profesional para conceder cualquier indemnización. Es decir, la responsabilidad patrimonial que legalmente se configuró como responsabilidad objetiva, los tribunales la han ido «subjetivando», siguiendo criterios de imputación basados en acciones u omisiones impruden-

tes, negligentes o de falta de pericia de los profesionales sanitarios que ejercen en el ámbito público y siempre que se haya producido un daño en el perjudicado. El empleado público en general (y el sanitario en particular) ha de ser consciente de que la Administración puede actuar en vía de regreso contra el profesional si este hubiera actuado con negligencia grave o dolo; por lo que la imputación subjetiva del profesional sanitario en el daño producido en el ámbito de la sanidad pública puede tener su importancia. Se trata de una importancia menor en el caso de la profesión de higienista dental, porque son muy pocos los higienistas que trabajan en la sanidad pública, pero no es desdeñable su estudio, por los conciertos que las Administraciones públicas han establecido durante los últimos 15 o 20 años con las clínicas dentales privadas «habilitadas», en las que profesionales privados ejercen funciones públicas, mediante concierto (programas de asistencia dental infantil, fundamentalmente). La jurisdicción contencioso-administrativa ostenta la competencia en reclamaciones patrimoniales de responsabilidad sanitaria por actuaciones llevadas a cabo en el ámbito del Sistema Nacional de Salud (y, dado el caso, en las actuaciones de los profesionales privados concertados). La responsabilidad se le exige a la Administración sanitaria y puede pedirse simultáneamente a la aseguradora correspondiente. El profesional sanitario puede personarse, pero es una vía más compleja y muy lenta; la responsabilidad se configuró legalmente como objetiva, por lo que solo se exige la prueba del daño, no de la culpabilidad; aunque con matices subjetivos sobre el profesional sanitario, establecidos paulatinamente por la jurisprudencia. Además, hay que tener en cuenta que el aseguramiento de la responsabilidad civil a través de compañías de seguros con las que contratan los profesionales y los centros sanitarios, tanto en el ámbito de asistencia privada como pública, crea un aseguramiento privado de una actuación sanitaria; la cual, aunque se haya realizado dentro del sistema nacional de salud, permite ejercitar la acción directa contra el asegurador, en sede civil, que establece el artículo 76 de la LCS, como hemos mencionado y es el objeto de este trabajo.

La jurisprudencia ha ido aclarando la posibilidad de actuar directamente, solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios que sufra un perjudicado por la actuación de un profesional sanitario en el ámbito público, contra el seguro de responsabilidad patrimonial de la administración, pero en sede civil; sin tener que actuar en la vía contencioso-administrativa (muchísimo más lenta y con una sospechosa tendencia por justificar casi siempre la actividad administrativa); por lo que la determinación de la imputación de la responsabilidad de la administración, en una acción directa, se torna en una simple cuestión prejudicial administrativa en el seno de un procedimiento en sede civil.

2.2. Responsabilidad penal (y la responsabilidad civil *ex delicto*)

Se acudiría a la jurisdicción penal cuando se impute al profesional la comisión de un delito, tanto si su actuación ha sido en el ámbito público como privado. Qué duda cabe de que en el ejercicio profesional se pueden cometer delitos, sin embargo, la mayoría de las veces se tratará de omisiones o imprudencias con resultado de lesiones. Recordemos que la mayoría de los delitos contra la integridad corporal son tipos «resultativos» (Corpas

Pastor, 2018, p. 301), por lo que se atiende al resultado lesivo y, por lo tanto, a la tipicidad en un primer lugar. En un estudio realizado en 2012, Urbano Castrillo (2012, p. 65) puso de manifiesto la dificultad de análisis jurisprudencial de la materia, aunque afirma que «la gran mayoría de casos de reclamaciones médicas se canalizan por la vía contencioso-administrativa y la civil, que se centran en la reparación indemnizatoria, antes que en la penal, la cual añade una responsabilidad personal del autor responsable del hecho». Por el principio de legalidad, incurren en responsabilidad penal los profesionales sanitarios únicamente si sus acciones u omisiones están tipificadas en el Código Penal⁴ como delito (cuyo requisito es la comisión de una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible). Como hemos mencionado, la mayoría de los delitos son tipos resultativos. Es decir, se exige el resultado (fallecimiento, lesión...); por ejemplo, los medios empleados en las lesiones son indeterminados «por cualquier medio o procedimiento», con la única excepción del tipo agravado previsto en el 148.1 y 2 del CP (Corpas Pastor, 2017, p. 15). En el orden penal, el título de imputación de la responsabilidad será el dolo o la culpa. Consideramos que es difícil que el profesional sanitario cometa su acción dolosamente (y, desde luego, será casi imposible probarlo), aunque señalaremos algún caso en que un higienista dental comete delito de abuso sexual; pero lo habitual será que pueda probarse una imprudencia, delitos que solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley (art 12 CP); como, por ejemplo, los delitos de homicidio por imprudencia grave (art. 142.1), por imprudencia profesional (art. 142.1 *in fine*) o las lesiones por imprudencia grave (art. 152 en relación con el art. 147) y lesiones muy graves (art. 149), entre otros. Hay que tener en cuenta que los mecanismos de imputación de la responsabilidad en el orden penal son diferentes a los civiles. La imputación objetiva penal, citando autores como Jakobs, Frisch o Roxin, por mencionar algunos, actúa, según Cancio Meliá (2005, p. 95), como una teoría general de la conducta típica que busca interpretar si un determinado comportamiento en su respectivo contexto social, es decir, dentro de la concreta acción que realiza el sujeto como resultado de su libertad de actuación, tiene o no un significado objetivamente delictivo al que imputar la responsabilidad por el daño causado. Sobre la imputación penal, el Tribunal Supremo distingue claramente entre causalidad e imputación objetiva (STS de 5 de abril de 1983 y STS de 20 de mayo de 1981): en materia penal, señala que son «categorías independientes y sucesivas y que para la responsabilidad penal no basta con la constancia de la relación causal, determinada por la equivalencia de condiciones, sino que además la imputación objetiva del resultado (con causa adecuada para producir el mismo como consecuencia lógica y natural de aquella)». Es decir, la *imputación objetiva* se sitúa en un momento anterior a la imputación subjetiva. La concurrencia o no de la causalidad es empíricamente constatable (según las ciencias naturales, esta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones). Pero para imputar el injusto típico se requiere la *imputación objetiva*, es decir que, mediante criterios extraídos del tipo del injusto, se pueda afirmar que un resultado es objetivamente atribuible, imputable a una acción. Estos criterios son adecuación, relevancia, realización del peligro,

⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre).

incremento o disminución del riesgo o el fin de protección de la norma. Cancio Meliá (2005) sostiene, acerca de la teoría de la imputación objetiva, que la misma

trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo y, por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar a continuación si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a esta, es decir, si también el resultado es típico (p. 95).

El artículo 100 de la Ley de enjuiciamiento criminal establece que del delito «puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible». Acción civil que puede ejercitarse simultáneamente contra el responsable civil (profesional sanitario, aseguradora, centro sanitario), siendo el Ministerio Fiscal el encargado de entablarla juntamente con la penal, como prevé su artículo 108; o bien reservarse para ejercerse por los perjudicados después de terminada la vía penal, según lo previsto en su artículo 111, pero «*mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme*». Es decir, el perjudicado en un delito dispone de dos vías procesales, la del proceso penal y la del proceso civil, para ejercitar su reclamación indemnizatoria. Pero ello no quiere decir que exista un doble derecho al resarcimiento. El derecho a indemnización es el mismo, tanto si se ejercita en el proceso penal o si se reservan las acciones para ejercitarlas posteriormente en un proceso civil. En el proceso penal, el perjudicado podrá actuar como acusador particular, ejercitando la acción penal y la acción civil, o como actor civil únicamente ejercitando solo la acción civil en el proceso penal. Por tanto, cuando un profesional sanitario incurre en responsabilidad penal puede además tener responsabilidad civil hacia los perjudicados (que, como hemos visto, no tiene naturaleza sancionadora, sino que son remedios reparadores de una violación de un derecho de crédito). El artículo 1.089 del Código Civil establece que las obligaciones nacen (entre otros supuestos), de actos y omisiones ilícitos. Pero tenemos que aclarar que la responsabilidad civil no nace del delito: la responsabilidad civil nace del daño. Es decir, con ocasión del delito, se causa un daño y de este nace la obligación civil de indemnizar. Así, la conducta del profesional se reprocha por el delito penal (o por infracción administrativa, en su caso); pero los daños se resarcen mediante la responsabilidad civil. El profesional estará obligado a reparar el daño causado, indemnizando los daños materiales y morales causados a la víctima del delito (ex artículo 109 y ss. del Código Penal), como veremos en el siguiente apartado. El artículo 110 del CP previene que la responsabilidad civil *ex delicto* comprende «la restitución» de la cosa, «la reparación del daño» y la «indemnización de perjuicios materiales y morales», que comprenderá no solo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares y terceros (art. 113 CP). A diferencia del daño físico, el daño moral no es mensurable bajo los patrones del día de lesión o del valor de la restitución o reparación concreta y, como señala la STS de 17 de julio de 2009, citando la STS de 2 de marzo de 1994 «la reparación económica de los daños morales es una consecuencia misma del hecho delictivo y no precisa concretarse en alteraciones patológicas o psico-

lógicas previamente diagnosticadas». También, la responsabilidad civil derivada del delito (Reynal Reillo, 2017) tiene normas propias de naturaleza civil distintas a las de la responsabilidad extracontractual.

Por ejemplo, en una responsabilidad por hecho ajeno se puede ejercitar una acción contra el tercero responsable y exigirle la responsabilidad solidaria, sin que pueda oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, sin perjuicio de que este ejercite la vía de regreso contra el que produjo los daños. Sin embargo, si los hechos constituyen un delito, el tribunal aplicará a los terceros civilmente responsables la responsabilidad subsidiaria de los artículos 120 y 121 CP. De esta forma, mientras que los actos lesivos protagonizados por los miembros del equipo serán por definición de entera de incumbencia penal de estos (principio de confianza), los ocasionados por los auxiliares o dependientes se atribuirán subsidiariamente al dentista si es que este no tomó las medidas de seguridad pertinentes (riesgo jurídicamente desaprobado). Es decir, la imputación del comportamiento e imputación del resultado. Igualmente, existe la posibilidad de la utilización de la acción civil acumulada a la penal, mediante la cual, aún sin deducirse ilícito penal alguno, cabe la declaración de daño moral y por tanto el acceso a indemnización (p. 196).

Si no ha existido reserva de acción de responsabilidad civil, se impide que pueda volverse a promover un juicio civil posterior sobre los mismos hechos (*non bis in idem*), al haber quedado ya agotada o consumida en el proceso penal la acción civil correspondiente. Es decir, salvo renuncia o reserva expresa, debe fijarse la responsabilidad civil en la sentencia penal que sea absolutoria, por estimar cualquier eximente del 20 del CP. El artículo 20.2, por ejemplo, prevé la exención de la responsabilidad criminal cuando al tiempo de cometer la infracción penal el infractor se halle en estado de *intoxicación plena*, o se halle bajo la influencia de un *síndrome de abstinencia*, a causa de su dependencia, por lo que en un procedimiento por el que un profesional absuelto de un delito por esta causa, la sentencia absolutoria deberá comprender un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil, si no se ha reservado o renunciado expresamente a ella durante el proceso penal. En cuanto a las demás circunstancias de exoneración de la responsabilidad, hay determinadas normas que excluyen la responsabilidad criminal, al igual que en materia de responsabilidad civil, en la que el problema puede plantearse en torno a cuatro supuestos: *legítima defensa*⁵ (art. 20.4 CP), *estado de necesidad* (art. 20.5 CP), *culpa del perjudicado* y *caso fortuito*.

Hay que detenerse en un aspecto fundamental de la práctica sanitaria, legal y éticamente exigido: El consentimiento informado, que, en nuestro ámbito, se ha consolidado como el ejercicio que permite decidir si se somete o no a un determinado procedimiento, en función del riesgo que quiera asumir, lo que en palabras de García Garnica (2010), «supone en

⁵ El artículo 118 no declara que subsista la responsabilidad civil, por lo que se debe deducir que la legítima defensa excluye la responsabilidad civil.

última instancia un actor de ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad del paciente [...] titular de derechos» (p. 97) y, mediando expresamente este, se exoneraría la responsabilidad del profesional.

Sobre este aspecto, a diferencia del orden civil y contencioso-administrativo (donde también el fundamento es el daño moral, pero surgido no en el seno de una relación extra-contractual), la falta de información no tiene la misma consideración en el orden penal: no genera, por sí misma, responsabilidad alguna en el ámbito penal, que se ocupa solamente de los hechos típicos incardinados en un delito, no pudiendo encuadrarse las conductas omisivas de información en tales calificaciones. Sin embargo, como señala Galán Cortés (2001), «la falta de consentimiento informado en ocasiones puede ser determinante de una infracción del deber objetivo de cuidado, llegando incluso, en casos extremos, a motivar su reproche penal» (p. 381). Únicamente si existe este conocimiento previo, el paciente puede libremente elegir y expresar su consentimiento al respecto⁶. No podemos olvidar que el consentimiento informado es una institución médico-legal que tiene configuración legal y que se fundamenta en la autonomía de la voluntad del paciente, titular del derecho fundamental a la integridad física y moral. En España, sus características se han ido perfilando a través de normativas de diferentes rangos (estatal, supraestatal, autonómica y deontológica), sobre la base del respeto absoluto a la autonomía del paciente, que libremente consiente que se le practique un procedimiento diagnóstico o terapéutico sanitario, en pleno conocimiento del proceso sanitario que le afecte, así como de los riesgos, alternativas de tratamiento y complicaciones esperables. «Todo ello como garantía del respeto absoluto a la autonomía y a la dignidad del paciente como máxima expresión no solo de la libertad individual, sino más bien del derecho fundamental a la salud e integridad física, del que no es sino una expresión fenoménica del mismo» (Corpas Pastor, 2019, p. 455).

En otro orden de cosas, en los casos en los que el profesional sanitario se vea inmerso en un procedimiento penal, puede resultar de especial utilidad el procedimiento de mediación penal (Corpas Pastor, 2017), a través del cual la reparación del daño se afronta mediante un acuerdo resarcitorio con indudable interés, tanto para víctima como para el profesional encausado. Por un lado, el paciente puede pactar, además de una indemnización económica, otro tipo de satisfacciones y, por otro lado, el propio facultativo o profesional médico puede «descansar» pidiendo disculpas y pagando la indemnización pactada. Con ello, el profesional sanitario obtiene también beneficios procesales, como son la consideración del acuerdo de mediación como atenuante muy cualificada que permita rebajar la pena finalmente impuesta, incluso condicionar la suspensión de la misma al cumplimiento de los términos del acuerdo de mediación. La resolución del conflicto generado por mala praxis médica en el seno de un proceso penal necesita un acuerdo económico que surta efectos indemnizatorios económicos y morales para la víctima. Dicho acuerdo se trae al proceso penal y el mismo se considera atenuante de la responsabilidad criminal del acusado en el proceso,

⁶ Cfr. Zambrana Moral y Corpas Pastor (1998, pp. 295-97) y Cantero Martínez (2009, p. 1).

quien obtiene a cambio determinados beneficios penológicos. Actualmente en España, a diferencia del proceso de menores, donde la mediación penal está legislada y arraigada, la mediación penal es un sistema informal «formalizado» de solución del conflicto penal. Ante un proceso penal incoado en un caso de negligencia médica, en particular, o un conflicto generado por causa de una asistencia sanitaria inadecuada, sería interesante y práctico incorporar un procedimiento de mediación penal para su resolución, por las ventajas que aporta no solo para la víctima, sino también para el infractor que puede verse beneficiado penológicamente (atenuante cualificada o muy cualificada) y obtener beneficios sobre la condena (por ejemplo, su suspensión). Otro aspecto fundamental lo constituye el seguro de responsabilidad civil (RC). La existencia del seguro obligatorio de RC para las profesiones sanitarias, pensamos, exigiría la adaptación de la participación de las compañías aseguradoras en este procedimiento, para que este fuera efectivo. En general, sería necesario un procedimiento de mediación penal en el proceso penal de adultos, reglado y uniforme, no solo por seguridad jurídica, sino para garantizar una tutela judicial efectiva para todos y una justa segunda oportunidad para que víctima e infractor puedan reintegrarse indemnes a la sociedad. Igualmente, tras el archivo del procedimiento por ausencia de responsabilidad penal, se abre el plazo de prescripción de un año para ejercer la vía civil de reclamación de daños, cuando esta no se hubiera ejercitado conjuntamente, ya que este se interrumpe hasta la finalización del procedimiento penal en el que se aprecie la ausencia de delito, como sostiene Reynal Reillo (2017, p. 196).

Finalmente, hemos de señalar que la existencia de sentencia penal incluso que contenga pronunciamientos de RC no impide, sin embargo, el ejercicio posterior de una acción civil contra terceros que no aparecieron bajo ningún concepto en el proceso penal y contra ellos no hubo, por tanto, petición, ni consiguientemente pronunciamiento de responsabilidad subsidiaria. Por tanto, el paciente que inicie una acción civil, conjuntamente con la penal contra un profesional sanitario, siempre podrá iniciar otras acciones civiles posteriormente frente a otros profesionales que hubieran intervenido en su asistencia; sin que existan defectos de procedibilidad por causa de una previa acción penal. Este es un aspecto muy importante en la responsabilidad civil derivada del delito, como señala García Garnica (2010), pues «si penalmente fuera una conducta tipificada, la responsabilidad de la Administración pasará a ser subsidiaria» (p. 65). Es decir, ante una condena penal del profesional sanitario, primero se acudiría para la indemnización al facultativo, y únicamente después a la Administración.

2.3. La responsabilidad civil

Salvo los casos anteriores, se acudiría a la jurisdicción civil cuando se trate de la responsabilidad sanitaria en el ámbito de la medicina privada, ya sea responsabilidad contractual o extracontractual.

Sin embargo, la vía civil es más lenta que la penal y, aunque también se exige la prueba de la culpabilidad, hay cierta flexibilización de los criterios de imputación, permitiéndose

ciertas tendencias objetivistas. A diferencia de la penal, en la jurisdicción civil, justicia rogada, se permite desarrollar al máximo los medios probatorios, con una mayor posibilidad indemnizatoria. Como sabemos, se pueden dar dos criterios distintos para la imposición de la responsabilidad por cualquier acción: derivar dicha responsabilidad de la culpa en que haya incurrido el autor del daño, o derivar la responsabilidad de la simple existencia de la relación de causalidad entre el daño y la acción.

En nuestro derecho, el criterio de imputación subjetivo, o por culpa, es el que se aplicaría en sede civil; mientras que el criterio objetivo es el que se tiene en cuenta en las normas de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el derecho civil, la responsabilidad nace cuando se pueda probar la relación causal entre el daño y su causa (responsabilidad subjetiva). Se exige para ello una doble imputación: una previa imputación objetiva del daño a una causa y que esta sea producida por un sujeto a quien se la pueda imputar. Con carácter general, la producción de un daño ilegítimo sobre un paciente a consecuencia de un tratamiento genera en el profesional sanitario la obligación de indemnizar el daño causado, solo si dicho daño se concreta (sea cierto) y pueda probarse una relación causal entre la lesión de un bien jurídico y la acción u omisión del medio sanitario. García Garnica (2010) cita la STS de 23 de septiembre de 2004 (NCJ039516) que afirma:

en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen; estando, por tanto, a cargo del paciente la carga de la prueba de la relación o nexo de causalidad y de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico [...] que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio (sentencia de 7 de junio de 1988 [RJ 19988, 4825] o más generalmente en una acción culposa (sentencia de 22 de junio de 1988) (pp. 55-56).

En este sentido, resulta crucial la información contenida en la historia clínica del paciente, que es un documento probatorio esencial. Por eso recordamos que entre todas las «diligencias preliminares» que pueden solicitarse en el proceso civil, según el artículo 256.1 de la LEC, destaca la «petición de historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie (art. 256.1.5.º bis LEC). García Garnica (2010), en relación a la responsabilidad civil en este ámbito, sostiene que

a pesar de que los tribunales continúan afirmando en términos muy similares a los expuestos el carácter estrictamente subjetivo de la responsabilidad que nos ocupa, sin embargo, dan cabida a diversos expedientes a través de los cuales se flexibiliza dicha doctrina e, incluso, se objetiva en cierta medida el régimen de responsabilidad civil médica, tal y como ocurre en otros ámbitos del derecho de daños, guiado por el principio *pro damnato* (p. 58).

Por su parte, Rodríguez López (2004, p. 371) sostiene que «en sede civil se está abriendo, indefectiblemente, el principio de reparación integral del daño, con independencia de la existencia o no de culpa, lo que genera una aproximación al régimen administrativo» (objetivo). Así como el «desplazamiento de la antijuridicidad desde la acción hacia el daño. En sede civil, la antijuridicidad se predica de la acción, mientras que el establecimiento de la responsabilidad objetiva obliga a considerar antijurídico el daño, en cuanto a que el mismo no debe ser soportado por el particular» (p. 371). En este punto tenemos muy presente, en sede del Marco Común Europeo, que la «norma fundamental» de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (Martín Casals, 2005) es que «*la persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo*» (art. 1:101(1) EPTL)⁷ y, en su apartado segundo, añade que «*en particular, el daño puede imputarse a la persona: (a) cuya conducta culposa lo ha causado (b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado o (c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones*». Sigue diciendo este autor que «el punto de partida de la norma fundamental es la vieja idea de *casum sentit dominus*: cada cual tiene que pechar con el daño que sufra, a menos que exista una razón jurídica que le permita trasladar las consecuencias de ese daño a otra persona». Afirma a continuación: «Aparecen también en este precepto los presupuestos de la responsabilidad civil que se desarrollan en todo su articulado: la necesidad de que exista un daño que compensar, la relación de causalidad y la necesidad de que exista un criterio de imputación subjetiva, sea la culpa, el riesgo o el deber de responder por hecho ajeno». Por su parte, el artículo 2:101 PETL señala que «el daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido». Finalmente, sostiene este autor que los principios «adoptan una noción objetiva de culpa, que coincide con la generalmente admitida por la legislación y la doctrina de la mayoría de los países europeos. Esta noción toma como patrón la conducta que debe ser observada por todos con independencia de las capacidades, destrezas y habilidades personales de cada uno. El estándar que debe observarse o "conducta exigible" es, pues, el de "una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias" (Cf. art. 4:102 (1) EPTL). No obstante, ese estándar puede variar y adaptarse, mas no a las características individuales de la persona responsable sino a la categoría de personas que ella representa. Así, por ejemplo, el estándar puede ser distinto entre un médico generalista y un cirujano especializado en la rama médica relevante en el caso concreto», lo que deberá ser tenido en cuenta en este trabajo. Teniendo en cuenta lo anterior y aprovechando que el principio de beneficencia (tradicionalmente considerado el eje de la actividad médica) ha venido siendo desplazado por la primacía del respeto a la autonomía del paciente y del creciente interés jurídico por el contrato de suministro, en este trabajo pretendemos analizar, además de la institución del consentimiento informado, su contenido, el análisis de los sujetos clásicos implicados en el ejercicio privado de la profesión, así como la relación contractual que une al dentista con el paciente; pues no solo tiene relevancia teórica considerar el consentimiento informado como un «acto de ejercicio de los derechos fundamentales»,

⁷ European Principles on Tort Law (EPTL o PETL).

sino sobre todo práctica: es un acto legitimador de la actividad del facultativo, de enorme importancia a la hora de determinar su «incidencia en la apreciación y delimitación de la responsabilidad médica o sanitaria» (García Garnica, 2010, pp. 99-100). Tanto es así que el consentimiento informado viene a considerarse como «parte integrante de la *lex artis*» (Gallardo Castillo, 2009, p. 9), por lo que su ausencia determina la negligencia del profesional, independientemente de haber realizado el profesional sanitario la intervención correctamente. En estos casos, el daño no es la falta de información ni la ausencia de otorgamiento del consentimiento por el paciente, «sino la pérdida de su poder de autodeterminación personal». Por eso, como sostiene Rodríguez López (2004), en la responsabilidad civil sanitaria

surge con enorme fuerza el consentimiento informado como instrumento de exclusión de la responsabilidad, que no siendo más que una exigencia del Ordenamiento Jurídico a la persona, se ha convertido en la piedra donde se pretende sustentar la responsabilidad médica y hospitalaria del siglo XXI [...] una causa de exclusión de la responsabilidad basada en la exclusión de la culpabilidad, al legitimar el acto médico (pp. 113-114).

Como hemos explicado más arriba, podemos diferenciar dos grandes ámbitos de prestación de servicios sanitarios: la sanidad privada y la pública.

Pretendemos en este trabajo centrarnos en la responsabilidad civil derivada de la relación entre el profesional sanitario y el paciente/cliente, relación que subyace a la institución médico-jurídica del consentimiento informado en la esfera odontoestomatológica y, concretamente, en el ejercicio profesional del higienista dental (con la singularidad que siempre se tratará de un profesional sanitario que ejerce sus funciones técnico-asistenciales bajo la *dependencia* del dentista y en el seno de un centro sanitario, público o privado).

Es la vía civil, ejercitada precisamente a través de la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (BOE de 17 de octubre), la que queremos explorar en este trabajo.

La complejidad del medio sanitario, y la importancia de los bienes jurídicos en juego (vida e indemnidad, fundamentalmente) hacen que surja la obligación de indemnizar un daño producido como consecuencia de una acción u omisión médica, apartándose incluso del mecanismo normal de declaración de responsabilidad civil. Basta con que pueda determinarse con *cierta probabilidad* que la intervención médica hubiese podido evitar el daño para que se declare la responsabilidad, aun cuando esa probabilidad no pueda valorarse más que como tal y no como una certeza. En este sentido, la aparición de la doctrina de la *pérdida de oportunidad* como mecanismo de imputación de la responsabilidad permite indemnizar en casos en los que la causa no pueda probarse.

Como venimos sosteniendo, el sistema normal de responsabilidad en el ordenamiento español se basa en la causa. Es decir, para indemnizar (exigencia de reparar el daño cau-

sado) hay que analizar la causalidad. Según Rodríguez López (2004, p. 104), «la relación de causalidad es el nexo que une la actuación del médico y el resultado dañoso. La base de la responsabilidad civil siempre ha consistido en la existencia de una relación causal entre el daño y la acción u omisión del profesional facultativo». Sin embargo, en el ámbito sanitario existe la posibilidad de declaración de la responsabilidad del profesional sanitario; aunque no exista relación de causalidad entre su acción u omisión con el daño causado (responsabilidad cuasi objetiva). Díez-Picazo y Ponce de León (1999, pp. 357-276) distingue entre «causa» (razón por la que se produce el daño) y «concausa» (pluralidad de circunstancias productoras del daño, como, por ejemplo, circunstancias particulares del paciente), formulando dos hipótesis: el daño es producto de la suma de las concausas, o bien, que cada concausa produce un daño, y este daño es causa de otro daño posterior. En este sentido, Labajo González (2015) explica que la «causa principal de las lesiones» son aquellas necesarias y suficientes para generar el cuadro lesivo; mientras que las «concausas» son las necesarias para explicar el cuadro lesivo, pero no suficientes. Suelen empeorar las consecuencias del agente lesivo principal. Se distinguen «concausas anteriores» (estado anterior), «concausas simultáneas» y «concausas posteriores o sobrevenidas (complicaciones)».

Como hemos sostenido anteriormente, el régimen jurídico de la RC está en el Código Civil (Obligaciones y contratos, del libro IV) y en las leyes civiles especiales⁸, pero también hay normas de responsabilidad civil en distintas normas administrativas y penales⁹.

Una obligación consiste en dar, hacer o no hacer una cosa, a tenor del artículo 1088 del CC. El artículo 1089 CC nos ilustra acerca de las fuentes de las obligaciones (este artículo establece que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos¹⁰, o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia). Es decir, las obligaciones nacen de la ley y de la voluntad, mientras que la responsabilidad surge precisamente del incumplimiento de las obligaciones: del incumplimiento de la ley, de lo pactado en virtud de la autonomía de la voluntad, y por descuido. Aspecto este igualmente importante, sobre todo en el ámbito sanitario. En el ámbito médico-hospitalario (Vázquez Barros, 2009) conviene partir de la observancia del artículo 1902 del CC, el cual contiene el principio de indemnidad y es una norma supletoria que siempre se aplica a falta de otra: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado

⁸ Pensemos, por ejemplo, en las leyes sobre daños causados por la navegación aérea, seguridad vial, daños nucleares, normativa relativa a la caza, leyes protectoras de consumidores y usuarios, etc.

⁹ Diversos aspectos de la responsabilidad patrimonial se regulan tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, como en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, en las cuales existen normas de responsabilidad civil por el resultado lesivo del funcionamiento de los servicios públicos. En los supuestos de responsabilidad sanitaria, el cómputo del plazo de prescripción (que con carácter general se establece en un año desde que se produjo el hecho o se manifestaron sus efectos lesivos), en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

¹⁰ Comprendiendo tales actos u omisiones tanto civiles como penales.

a reparar el daño causado» (p. 195 y ss.); norma fundamentada en la responsabilidad producida por culpa o negligencia, quedando excluidos los hechos que dimanen de los casos fortuitos o fuerza mayor y que procesalmente tiene inconvenientes principalmente de prueba, porque en nuestro ordenamiento es la víctima quien debe probar que el profesional sanitario actuó con negligencia y que existe una relación de causa-efecto entre la acción u omisión del facultativo y el daño producido, salvo supuestos especiales en los que se habla de responsabilidad objetiva (derivada del artículo 148 TRLCU), teoría del daño desproporcionado o la pérdida de oportunidad; como sostienen Andreu Tena *et al.* (2013, p. 164), basada en el riesgo, y que veremos más adelante. En sede de responsabilidad civil contractual, el artículo 1101 del CC sujeta a indemnizar daños y perjuicios causados en el cumplimiento de sus obligaciones a quienes incurran en dolo, negligencia o morosidad o contravinieren de cualquier forma su obligación; por lo que el Tribunal Supremo ha asentado su doctrina sobre el destierro de la responsabilidad objetiva en responsabilidad médica, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, donde el paciente debe probar no solo el daño, sino la relación causal y la culpa del profesional, como veíamos antes. De la misma manera que ya recogían Lorenzo y Bascones (1996, p. 81), con cita de las SSTs de 24 y 26 de septiembre de 1994; y García Garnica (2010, pp. 55-56), con cita de la STS 23 de septiembre de 2004.

El artículo 1903 del CC, base de la responsabilidad por hecho ajeno, rige tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual como responsabilidad indirecta y supone una presunción de responsabilidad *iusuris tantum*, cuando dice *in fine*: «La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». De esta forma, el dentista responde por los daños causados por sus dependientes, salvo que demuestre lo contrario (la acción directa contra la aseguradora de sus auxiliares, como el higienista dental, no suele utilizarse; precisamente por desconocimiento de la consideración legal que el higienista dental tiene como profesional sanitario, sujeto a la contratación de un seguro de responsabilidad civil obligatorio). Además, el artículo 1903 del CC matiza lo anterior, cuando dice que la obligación que impone el artículo anterior (1902 CC) es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, «sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones» (párrafo 4.º que establece la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes). Por tanto, el dentista que, legalmente, gestiona, organiza y atiende *personalmente* la consulta dental, será responsable por los perjuicios causados por sus dependientes al paciente. La palabra *dependiente* es la clave: los auxiliares del principal se caracterizan precisamente por la relación de dependencia que clásicamente los une al dentista, a diferencia por ejemplo de otros profesionales que intervienen en la asistencia bucodental. En este sentido, los colaboradores no dependientes, en principio, no se encuentran amparados por este apartado cuarto del artículo 1903 del CC. «Este tipo de responsabilidad permite reclamar la responsabilidad directa de la persona responsable y, si la hay, la responsabilidad solidaria de todos los participantes en la producción del daño» (Reynal Reylo, 2017, p. 188).

El artículo 1902 del CC tiene su correspondiente en el artículo 1101 del CC, en sede de contratos, como hemos visto antes. Se refiere a materia de obligaciones: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella». Estas dos normas (artículos 1902 y 1101) son las que la doctrina establece como régimen jurídico de responsabilidad extracontractual y el régimen jurídico de responsabilidad contractual, respectivamente. Con la correspondencia con sus diferentes regímenes de prescripción de acciones¹¹.

Lo que ocurre es que, en el ámbito sanitario en general, y en el ámbito dental en particular, se suele accionar la vía civil por responsabilidad tanto contractual como extracontractual, de forma alternativa o subsidiaria, e incluso los tribunales llegan a dictar sentencias mezclando alegremente normas de uno u otro ámbito, siendo esto en mi opinión un error. Acerca de la responsabilidad contractual y extracontractual, como señala Rodríguez López (2004), «la diferencia esencial entre ambos regímenes se encuentra en los criterios de imputación» (p. 371). En el ámbito médico, precisamente por la importancia de los bienes jurídicos en cuestión, se ha alcanzado un nivel de exigencia de responsabilidad elevado y muy complejo en el que la culpa extracontractual se yuxtapone a veces con la contractual¹² para lograr resarcir al paciente al máximo, indemnizando unitariamente por culpa civil,

siendo el criterio de unidad de culpa civil recogido por el Tribunal Supremo, Sala 1.ª, en sentencias de fecha 24 de julio de 1998, 9 de junio de 1998, 18 de junio de 1998, 30 de diciembre de 1999, 8 de febrero de 2000. En el mismo sentido la STS de 31 de diciembre de 1997: cuando el hecho dañoso es violación de una obliga-

¹¹ Frente al plazo exageradamente corto de un año para la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1968.2, el Código Civil, en su artículo 1964.2 establece un plazo de cinco años para la prescripción de la acción por responsabilidad contractual, como las demás acciones personales que no tengan plazo especial. Hay que tener en cuenta que la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, establece que para aquellas acciones personales de este tipo nacidas antes de la fecha de su entrada en vigor, 7 de octubre de 2015, el tiempo de prescripción se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del CC, que dice textualmente: «La prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo». Este plazo de cinco años para la responsabilidad contractual coincide con el establecido en el artículo 23 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, BOE de 17 de octubre, el cual establece también un plazo de cinco años para las acciones derivadas del contrato de seguro «de personas». Cfr. STS núm. 488/2012, de 17 de julio (NCJ057308). Ponente D. José Antonio Seijas Quintana.

¹² Cfr. FD 3.º de la STS núm. 1193/2001, de 11 de diciembre (rec. núm. 2017/1996), de la que fue ponente Xavier O'Callaghan, que recuerda la doctrina del Tribunal Supremo acerca de tal yuxtaposición, por cuanto «un daño causado por la actuación médica, es decir, la responsabilidad médica puede tener un origen extracontractual o derivar del contrato, si bien esta Sala ha mantenido reiteradamente la yuxtaposición de responsabilidades: sentencias de 28 de junio de 1997, 10 de noviembre de 1999, 30 de diciembre de 1999».

ción contractual (o similar) y al mismo tiempo del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente [...] todo a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible (referenciando la STS de 18 de febrero de 1997),

como señala Vázquez Jiménez (2007, pp. 50 y ss.), de tal forma que cuando un hecho dañoso viola al mismo tiempo una obligación contractual y el deber de no dañar a otro, se produce esta yuxtaposición de responsabilidades. Por tanto, en la responsabilidad médica concurren, conjuntamente, los aspectos contractual y extracontractual; pues el médico (García Blázquez y Castillo Calvín, 2011, p. 334) «además de cumplir con sus obligaciones derivadas del contrato ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro». La STS de 14 de febrero de 1994 establecía que ambos regímenes responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora comprendida en el precepto genérico que a la obligación de indemnizar da el artículo 1106 del CC, por lo que el artículo 1104, dictado para los casos de culpa contractual, es aplicable a la obligación nacida de culpa aquiliana o extracontractual, de ahí que cuando un hecho dañoso viola una obligación contractual y, al mismo tiempo, el deber de no dañar a otro, se produce una yuxtaposición de responsabilidades de las que surgen acciones distintas que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una u otra, tendentes ambas al mismo fin. Asimismo se entiende que cuando el actuar lesivo se produce en el cumplimiento material de un contrato, son de aplicación preferente los preceptos legales atinentes a la culpa contractual. La jurisprudencia, admitiendo este concurso, confiere al perjudicado la opción entre aplicar normas extracontractuales y contractuales, con las diferencias que existen entre ambas, en cuanto a carga probatoria y en materia de prescripción de acciones (Vázquez Barros, 2009, pp. 213 y ss.). Evidentemente, en este caso, si el daño se ha producido en el cumplimiento material de una obligación contractual, serán de aplicación preferente las normas sobre responsabilidad contractual, pero esto no ocurre generalmente en sede judicial. Además, con arreglo a este concepto de «unidad de culpa civil», Domínguez Luelmo (2007, pp. 73-74) aclara, citando la STS de 30 de marzo de 2006, que se remite a la anteriormente referenciada de 18 de febrero de 1997¹³ y a la de 8 de abril de 1999, que

en los supuestos de concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, los tribunales pueden resolver con arreglo a una u otra, aunque no

¹³ El Tribunal Supremo entiende en esta sentencia que sería erróneo considerar como incongruente una sentencia fundada en la decisión en normas de culpa distintas a las invocadas, cuando el perjudicado haya fundamentado su demanda de indemnización solo en normas de responsabilidad extracontractual o solo en normas de responsabilidad contractual, ante «las dificultades (reconocidas doctrinalmente) de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, dificultades que el mismo hecho dañoso configura, tanto un supuesto normativo como otro, lo que determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum* indemnizatorio».

hayan sido alegadas por la parte demandante, sin que ello implique incurrir en incongruencia, pues a través de los hechos se puede determinar el derecho aplicable.

Estaremos de acuerdo en que de humanos es cometer errores, que en el ámbito sanitario pueden dar lugar a daño indemnizable. En nuestro ordenamiento jurídico, ante la producción de un daño en el seno de una actividad sanitaria sobre un paciente, la pretensión resarcitoria la ejercita la víctima o sus causahabientes y tiene derecho a la indemnización, sea cual sea la fuente contractual o extracontractual de donde provengan las obligaciones. «Los problemas surgen al determinar la Ley aplicable al supuesto de hecho, lo que vendrá determinado, en buena medida, por la jurisdicción que se haya declarado competente para conocer el caso» (Luna Yerga, 2004, p. 35). A modo de síntesis, quedémonos con que el concepto jurídico de responsabilidad tiene que ver con un juicio de valor negativo, un reproche jurídico que se emite acerca de una conducta, la cual infringe una norma del ordenamiento. La consecuencia jurídica que se enlaza a ese reproche es la obligación de reparar el daño (Reynal Reillo, 2017, p. 174). La responsabilidad civil, dentro de la polisemia en la que se desenvuelve el término jurídico «responsabilidad» ha de definirse, necesariamente, de forma imprecisa pero acotada entre lo que no es responsabilidad penal y lo que tampoco es responsabilidad objetiva: ahí en medio está la responsabilidad civil. Sin dejar de advertir que la responsabilidad civil objetiva o cuasi objetiva no termina de abandonar las referencias a la culpa, ya sea *in vigilando*, *in educando*, *in eligendo*, etc. «con lo que parece no terminar de definirse como una responsabilidad pura sin culpa, al no llegar a asumir la satisfacción de los criterios de imputación objetiva como único criterio de imputación subjetiva» (Sanz Encinar, 2000, p. 32). Y aquí llegamos al objetivo de este trabajo: la acción directa del artículo 76 de la LCS, que establece textualmente:

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

2.4. Tratamiento jurisprudencial de la obligación y de la responsabilidad civil sanitaria y dental en particular

En el ámbito médico, como hemos visto, clásicamente se ha distinguido entre la medicina asistencial (o curativa) y la medicina voluntaria (o satisfactiva) y, en esta última, se ha querido ver la existencia de una obligación de resultado, que no resulta tal si realmente no

se ha pactado. Tanto en la medicina satisfactiva como en la curativa, en cuanto a responsabilidad, se distinguía a su vez si dicha responsabilidad tenía régimen jurídico contractual o bien extracontractual, con la diferencia añadida de los plazos de prescripción (antes muy diferentes, ahora no tanto, pero con relevancia evidente en cuanto a extinción de la acción)¹⁴. En párrafos precedentes hemos incidido, si quiera por encima, en la definición doctrinal de la responsabilidad civil¹⁵ como la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro a la obligación de reparar el daño producido, distinguiendo cuando la vulneración del deber de conducta nace de un contrato (responsabilidad contractual), o bien se debe a un comportamiento culposo o doloso del que nace la responsabilidad (extracontractual) del deudor del derecho de crédito en la obligación de reparar el daño al acreedor de tal derecho. En este ámbito de la responsabilidad civil sanitaria juega un papel extraordinario, como hemos ido desgranando en páginas anteriores, la *lex artis* como criterio de adecuación de imputabilidad cuando se infringe.

Es muy importante señalar que, jurisprudencialmente¹⁶, el consentimiento informado se ha definido finalmente como un elemento propio de dicha *lex artis*, y presupuesto de la misma, con una mayor intensidad de la información previa (en la medicina satisfactiva/voluntaria) que en la actividad sanitaria curativa/asistencial.

Como hemos explicado, el artículo 1101 del CC, régimen jurídico de la responsabilidad contractual, sujeta a la indemnización de los daños y perjuicios causados a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad y a los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas. La doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Corpas Pastor, 2020)¹⁷ ha sido constante en que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, como señala la Sentencia de 20 de noviembre de 2009¹⁸. El criterio de imputación del

¹⁴ Cfr. Corpas Pastor (2020).

¹⁵ Cfr. Por todos, Díez-Picazo y Ponce de León y Díaz Gullón (2003).

¹⁶ Cfr. STS núm. 330/2015, de 17 de junio (NCJ060124), ponente José Antonio Seijas Quintana, en la que citando las SSTS de 29 de mayo y 23 de julio de 2003, 21 de diciembre 2005, 15 de noviembre 2006 y 7 de mayo de 2014 recuerda que «el Consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial [...]. La información es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo, habida cuenta de la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial (SSTS de 21 de octubre de 2005, 4 de octubre 2006, 29 de junio 2007, 27 de septiembre 2010, 20 de enero 2011)».

¹⁷ En este artículo presentamos la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca del tratamiento de la responsabilidad civil sanitaria.

¹⁸ Esta sentencia, junto con las SSTS de 3 de marzo de 2010, 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014 forman parte de la doctrina que cita a su vez la STS núm. 330/2015, de 17 de junio, sobre la obligación de medios en que consiste la responsabilidad del dentista. En su FD 2.º, dice que «la responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es

artículo 1902 del CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (SSTS de 24 de noviembre de 2005¹⁹ y 10 de junio de 2008).

Los profesionales sanitarios actúan sobre personas, *pacientes* o *clientes*, en la distinción de Seijas Quintana (2009, p. 10), que cita la STS de 21 de marzo de 1950, así como la de 25 de abril de 1994, citadas en la de 22 de julio de 2003, «en la que se perfilan muy claramente las distintas obligaciones que comporta la actuación médica o médico-quirúrgica, según se trate de curar o mejorar a un paciente»; pero las personas son entes biológicos y cada una reacciona de forma similar, pero siempre diferente. La STS 26 de julio 2006 reitera que «la naturaleza de la obligación del médico tanto si procede de contrato (de prestación de servicios, no de obra-cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de relación

poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible, pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS de 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009)».

¹⁹ Esta STS de 24 de noviembre de 2005 se refiere, precisamente, a un caso de Angina de Ludwing, derivado de la previa exodoncia de un segundo molar inferior derecho (47), realizada por un profesional, que fue tratado posteriormente por un médico otorrinolaringólogo, cuando el primero le derivó al paciente al observar que el tratamiento de antibiótico seguido no era efectivo. El especialista aconsejó su ingreso hospitalario urgente, en el que se diagnosticó un absceso de suelo de la boca; se le realizaron análisis de sangre y diversas pruebas, con complicación posterior que derivó en un *shock* séptico y hemorragias, que obligó a trasladarlo a otro hospital, establecimiento de drenajes y diversas intervenciones, detectándose una parálisis total de la lengua (posible neuropatía tras edema posquirúrgico). El recurso se desestimó precisamente porque se exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (art. 1902 CC, que se funda en la culpabilidad). En este caso, no se aprecia (FD 4.º) «ninguna deficiencia en el tratamiento, en esa relación médico-enfermo de la que deriva una obligación de medios y no de resultados, que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas, como con reiteración ha declarado esta Sala»; con cita de las SSTS de 26 de mayo de 1986, 7 de febrero de 1990 y 24 de marzo 2005.

extracontractual, es obligación de actividad o de medios» (citando la STS 23 de marzo de 2006)²⁰. La exposición que realiza este autor, magistrado del Tribunal Supremo, describe los elementos jurisprudenciales que comprende la obligación de medios, según recoge la STS de 11 de febrero de 1997 (Seijas Quintana, 2009). Es decir,

la utilización de cuantos medios conozca la ciencia de acuerdo a las circunstancias del enfermo; la información sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos (como expusimos en el apartado correspondiente al consentimiento informado); y la continuidad del tratamiento hasta el alta. En cuanto a las pruebas diagnósticas se reitera la obligación de realizar todas las necesarias (pp. 11-16).

Como complemento de la jurisprudencia citada, la SAP de Palma de Mallorca núm. 823/2001, de 14 de diciembre (Sala de lo Civil), estima parcialmente, minorado la indemnización original únicamente, la apelación presentada contra la sentencia del magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza, en fecha 22 de enero de 2001, en la que se condenaba a un dentista al pago de determinada indemnización a una paciente por una mala praxis; *sin entrar a valorar la responsabilidad por los actos cometidos por su higienista*, pues la considera que «no es parte en esta litis, y en todo caso el demandado respondería conforme al artículo 1.903 del CC de una eventual negligencia de la misma como empleada». Esta sentencia es importante, porque, en este caso concreto, la responsabilidad civil se impone al dentista y no a la higienista.

Más recientemente, la SAP de Sevilla núm. 249/2013, de 28 de junio, confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Sevilla, estimado parcialmente el recurso formulado por el paciente, que pedía una mayor cuantía de la indemnización a la que había

²⁰ Cfr. STS núm. 269/2006, de 23 de marzo (rec. núm. 3198/1999), cuyo ponente fue D. Román García Varela, que desestima el recurso de casación interpuesto frente a la absolución del centro sanitario y los médicos que atendieron a la paciente, que, tras ser intervenida de histerectomía total por un carcinoma ovárico, le siguió posteriormente un tratamiento quimioterápico después de varios episodios de dolor que se concretaron en una recidiva del tumor. La demanda y la apelación se desestimaron, porque no se había probado una «conducta productora, ennexo causal, del daño y se ha acreditado que su actuación fue correcta». Recuerda la sentencia la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo: «Como dice la STS de 13 de octubre de 1997 y reitera la de 9 de diciembre de 1998, la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia: entre otras muchas, SSTS de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 7 de julio y 15 de noviembre de 1993, 12 de julio de 1994, 24 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1995, 23 de septiembre y 15 de octubre de 1996 y 22 de abril de 1997». La importancia de esta sentencia es que sigue identificando la odontología como una actividad donde el resultado se asegura «como cirugía estética» o «vasectomía». Doctrina que, como veremos más adelante, ha mudado muy acertadamente, considerándose la odontología como toda actividad médica; con obligación de medios y solo de resultado, únicamente cuando así se configure la obligación.

sido condenada una clínica por la negligencia con resultado de daños corporales, cometida por una higienista, al desprenderse la punta de un aparato de ultrasonidos, cuando realizaba una limpieza al demandante. La mencionada SAP de Sevilla dice:

Aplicando en la interpretación y aplicación del art. 1902 del C. Civil invocado en la demanda, los criterios que deben inspirar la actividad probatoria de las partes en lo que se refiere a la correcta prestación de un servicio médico, debe coincidir con la apreciación contenida en la sentencia de primera instancia, concluyendo que concurren en la actuación de la dependiente de la demandada todos los requisitos establecidos en el precepto citado, incluida la negligencia respecto de la que no se ha verificado prueba suficiente como para desvirtuar la presunción de concurrencia, y que, por lo tanto, procede la declaración de responsabilidad civil extracontractual de esta y seguidamente, ex art. 1903, la declaración de responsabilidad de la entidad demandada,

por lo que civilmente, vemos, que se decanta la audiencia provincial por reconducir la responsabilidad hacia la clínica dental y no contra la higienista.

Igualmente, se condena al dentista en la SAP de Zaragoza, núm. 132/2018, de 13 de marzo, por infracción de la *lex artis*, al haber dejado *en manos de sus higienistas la información* al paciente y no haber realizado personalmente la anamnesis y consentimiento informado que exige la Ley 41/2002, condenándolo al pago de la indemnización reclamada por un tratamiento de implantes; de nuevo desviando la responsabilidad civil de las higienistas en el dentista.

En el campo específico de la *responsabilidad penal* personal del higienista dental, la SAP de Álava núm. 117/2002, de 29 de julio, da cuenta de una sentencia condenatoria en primera instancia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, dictada contra una higienista dental y un odontólogo, de nueve meses de multa e indemnización de 4.055,4 euros y arresto de 12 fines de semana, como autores de sendos delitos de intrusismo e imprudencia grave con resultado de lesiones, y frente a su aseguradora como responsable civil directa y solidaria, que anula, al no aceptar el relato de los hechos que culpaba a la higienista por realizar actos propios de la profesión de dentista, hechos que considera no probados.

Sin embargo (como decimos *ut supra*), la reciente SAP de Barcelona, núm. 85/2019, de 14 de febrero, por la que se condena a un higienista dental «como autor de un delito de abuso sexual a menor de 16 años del artículo 183.1 del Código Penal, [...] a las penas de dos años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión y oficio que conlleve contacto regular con menores. Asimismo, le condenamos en concepto de responsabilidad civil *ex delicto* a indemnizar a [...] a través de su madre en la cantidad de 600 euros»; imponiéndole las costas del procedimiento al higienista acusado, con responsabilidad civil subsidiaria de la clínica dental donde ejercía por cuenta ajena «objetivado en base a la teoría de la creación del riesgo *cuius commoda, eius incommoda*, sin que se requiera culpa o negligencia según reconoce la jurisprudencia».

Todas estas resoluciones judiciales se han dictado con base en la responsabilidad civil o penal, sin actuar en ningún caso por la vía de la acción directa y precisamente, pensamos, por el desconocimiento que existe acerca de la obligatoriedad de la cobertura que se exige al higienista dental, como profesional sanitario, de contar con un seguro de responsabilidad civil, independientemente de que dicho profesional ejerza en el ámbito público, o privado, y bajo la dependencia de otros profesionales odontólogos...

Por otra parte, del delito de intrusismo profesional, la STS núm. 324/2019, de 20 de junio (NCJ064142), confirma la condena del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Gijón, de fecha 13 de septiembre de 2017, impuesta a un higienista dental «como autor criminalmente responsable de un delito tipificado en el artículo 403 del CP e imponer la pena en la postulación de seis meses de multa a razón de 8 euros/día y 90 días de arresto en caso de impago, manteniendo el resto de la condena penal de primera instancia». Esta sentencia del Tribunal Supremo tiene importancia por cuanto contiene la doctrina sobre el delito de intrusismo que «vertebra» la conducta «*por dos notas. Una positiva: el ejercicio de actos propios de profesión; y otra negativa: carecer de título habilitante*».

A modo resumen, y remitiéndonos a lo previamente esbozado *ut supra*, en cuanto a la responsabilidad civil sanitaria en general, la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido que la obligación del profesional sanitario (entendiendo como tal al higienista dental) siempre es de medios. Ya sea en actividad asistencial (o curativa), o bien se trate de odontología voluntaria (o satisfactiva), y, en esta última, se ha querido ver la existencia de una obligación de resultado, que no resulta tal si realmente no se ha pactado. En ambos casos, en cuanto a responsabilidad, se distinguía a su vez si dicha responsabilidad tenía régimen jurídico contractual o bien extracontractual, con sus distintos regímenes jurídicos (*ex* 1101 CC y 1902 CC, respectivamente y plazos de prescripción diferentes). En cuanto a la adecuación a la *lex artis* como criterio de imputabilidad cuando se infringe, el consentimiento informado se reconoce como un elemento más y presupuesto de la misma; con un mayor requerimiento en la intensidad de la información previa cuando se realiza medicina satisfactiva/voluntaria, que en la actividad sanitaria curativa/asistencial, como hemos dicho; por lo que la ausencia o deficiencia del consentimiento informado (o bien un consentimiento «desinformado»), ante la producción de un daño, que concreta el defecto de información, va a generar indefectiblemente responsabilidad. Ante la concurrencia de responsabilidad civil contractual de forma yuxtapuesta a la responsabilidad extracontractual, el perjudicado podrá ejercer acciones basándose en ambas, pero ante la existencia de contrato, tendrán preferencia las normas de responsabilidad contractual frente a las de responsabilidad extracontractual. La doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha sido constante en que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva, siendo el reproche de tipo culpabilístico (solo se acoge la regulación de consumidores «*en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha*»). En ocasiones, se ha suavizado el criterio ante la producción de un daño desproporcionado, o bien claramente relacionado con las acciones u omisiones del profesional; pero sin poder afirmar la existencia de reacción de cau-

salidad, admitiéndose la posibilidad de utilizar como criterio de imputación un cierto grado de incertidumbre, el cual minorará el *quantum* indemnizatorio en términos probabilísticos.

En relación con la práctica dental, afortunadamente, hemos señalado que la jurisprudencia pasó desde una primera etapa en la que se la encuadraba la odontología como una actividad de *arrendamiento de obra*, con obligación de resultado, dentro de la medicina satisfactiva, hacia una posterior consideración como una *actividad de medios*, salvo que existiera un aseguramiento contractual de resultado, y actualmente el dentista, como todos los demás profesionales sanitarios, tiene obligación de realizar todas las pruebas que sean necesarias para realizar un diagnóstico, dentro de la obligación de medios que lo unen con el paciente. En general, la odontología, como la ciencia de la medicina de la cual forma parte, es una actividad médica curativa más, cuya obligación es de medios y que solo en ciertos casos se encuadra como medicina satisfactiva, y solo en casos específicos se puede tratar de una actividad que comprometa un resultado. El consentimiento informado es fundamento y parte de la *lex artis*, con especial intensidad en cuanto al grado de información necesario, cuanto más dudoso es el resultado y, sobre todo, cuanto menor necesidad haya de realizar la intervención.

Finalmente, ni los pacientes invocan ni los tribunales ampararán las reclamaciones por responsabilidad objetiva que como empresarios tienen los higienistas dentales frente a los consumidores, porque en el ámbito médico-sanitario queda descartada la responsabilidad objetiva (como hemos señalado más arriba); pero nosotros pensamos que esta legislación será de aplicación al ámbito dental muy pronto.

3. El seguro de responsabilidad civil obligatorio: la acción directa

Como se desprende de lo anterior, pensamos que existe cierto desconocimiento acerca del aseguramiento de la responsabilidad civil sanitaria personal en la clínica dental y, concretamente, de la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil para higienistas dentales en el ejercicio privado de su profesión. La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (concretamente en el párrafo segundo del número 3 de su artículo 2), recuerda expresamente el carácter de *profesión sanitaria* de la de higienista dental, «conforme a lo establecido en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental». Por lo tanto, la actuación privada de los higienistas dentales (al igual que en el caso para el ejercicio de la odontología), estimamos que exige de forma ineludible un seguro de responsabilidad civil. Esto es así porque el artículo 46 de dicha Ley de ordenación de las profesiones sanitarias establece que

los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presen cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno

seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios [...]. En el supuesto de profesiones colegiadas, los colegios profesionales podrán adoptar las medidas necesarias para facilitar a sus colegiados el cumplimiento de esta obligación.

En relación con lo anterior, aunque existen varias asociaciones nacionales de higienistas dentales, a partir de 2005 se han constituido únicamente cinco colegios de higienistas dentales de ámbito autonómico español, existiendo la obligación de registrarse en el colegio profesional de cada región en las comunidades autónomas de Madrid, Valencia, Extremadura, Galicia y Castilla-La Mancha y, por tanto, deben suscribir el correspondiente seguro de responsabilidad civil *obligatorio*. Por ejemplo, la cuota del Colegio de Higienistas de Madrid²¹, o el de Valencia²², incluyen una póliza obligatoria de responsabilidad civil profesional, y el de Extremadura o el de Galicia y Castilla-La Mancha²³ ofrecen a sus colegiados un seguro colectivo de responsabilidad civil profesional, actualmente suscrito con AMA. En el resto de comunidades autónomas, donde no existe colegio profesional, la Federación Española de Higienistas Dentales (HIDES) ofrece un seguro de responsabilidad gratuito para sus afiliados.

Si bien, el profesional higienista dental en su práctica privada debe estar supeditado a la supervisión y control por parte del dentista (y, por lo tanto, es dependiente del mismo), el perjudicado que sufre un daño por la actuación profesional del higienista dental dispone de varias vías de actuación: una, acudir a la reclamación de una indemnización vía extracontractual del artículo 1903 del CC, por culpa *in vigilando* del dentista, bien directamente contra él o contra su seguro de RC, vía artículo 76 de la LCS (acción directa), siempre y cuando se den las condiciones procedimentales y sustantivas para ello, en cuanto a la configuración del objeto y alcance de la correspondiente póliza. O bien, como tercera vía, acudir al artículo 148 del TRDCYU, por mal funcionamiento del centro sanitario donde ocurra el hecho dañoso. Una cuarta vía es acudir (incluso conjuntamente con alguna de las anteriores) a la acción indemnizatoria del artículo 1101 del CC, en sede de responsabilidad contractual. Estas son las vías habituales por las que se puede pedir indemnización por hechos cometidos por dependientes del principal.

Pero hay una quinta vía (doble), que consiste en solicitar directamente una indemnización al causante del daño, vía 1902 del CC, o bien ejercitar la acción directa del artículo 76 contra el seguro de RC del higienista dental. Vía que, como sostienen Alarcón Fidalgo y Benito Osma (2018), «supone el *reconocimiento de un derecho propio del perjudicado frente al asegurador de responsabilidad civil para exigirle la obligación de indemnizar nacida a cargo del asegurado*» (p. 18).

²¹ <https://www.colegiohigienistasmadrid.org/colegio.asp>

²² <https://www.colegiohigienistascv.es/colegiacion/>

²³ <https://www.colegiohigienistascastillalamancha.es/faq>

Por este motivo, como conclusión, estimamos necesaria una revisión de los presupuestos de la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre en los casos en los que es un higienista dental quien produce el daño. Esto es, la existencia de dicho daño, que el mismo sea indemnizable, que el productor del daño (higienista dental) disponga de un seguro de responsabilidad civil cuyo objeto esté delimitado por el contenido de la actuación indemnizable y, finalmente, la elección por parte del dañado de esta actuación jurídica, ejerciéndola únicamente frente al seguro de responsabilidad civil obligatorio del higienista dental, en ejercicio del *ius variandi*, que le es dable al perjudicado en este caso. Acción directa legalmente inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, sin perjuicio del derecho de repetición que le ampara a la aseguradora. La acción directa «supone la ruptura del planteamiento tradicional del seguro de RC, consistente en la clara separación de dos relaciones jurídicas: la del perjudicado con el asegurado –causante– responsable del daño y la de este con su asegurador de RC» (Alarcón Fidalgo y Benito Osma, 2018, p.18).

4. Conclusiones

El higienista dental es un profesional sanitario a tenor de lo preceptuado en el número 3 del artículo 2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias «conforme a lo establecido en la Ley 10/1986, de 17 de marzo»; y, por lo tanto, en el ejercicio privado de su profesión está obligado a suscribir el «oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios» (art. 46).

Por lo tanto, en ciertos casos, el perjudicado por un daño producido por el higienista dental en el ejercicio de sus funciones podrá entablar la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, frente al seguro de RC del productor del daño. Esto es, el higienista dental.

Referencias bibliográficas

- Alarcón Fidalgo, J. y Benito Osma, F. (2018). La acción directa en los seguros de responsabilidad civil: conveniencia e inconveniencia, tendencias legislativas actuales. El sistema español, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 48, 15-39. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris48.adsr>
- Andreu Tena, E., Azparren Lucas, A. y Donat Laporta, E. (2013). Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva. *Revista Española de Medicina Legal*, 39(4), 162-167.
- Cancio Meliá, M. (2005). Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva. En M. Bolaños González (Comp.), *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (pp. 86-122). CDCHT
- Cantero Martínez, J. (2009). El Consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades, *DS*, 18, 1-20.
- Carasol, M. y Gómez, J. L. (Eds.). (2020). *Libro blanco de la profesión de higienista bucodental en España 2019*. delyser.com. <https://www.hidesasturias.com/commons/img/Libro%20Blanco.pdf>
- Corpas Pastor, L. (2017). Posibilidades de la mediación penal en procesos por responsabilidad médica. *SEPIN, Revista Digital Penal*, 21. <https://n9.cl/hklv>
- Corpas Pastor, L. (2018). Dentistas en el Banquillo; el papel de la mediación penal. *Gaceta Dental*, 301, 164-174.
- Corpas Pastor, L. (2019). Consentimiento informado en la esfera odontoestomatológica. *Revista de Derecho Civil*, VI(1), 445-484.
- Corpas Pastor, L. (2020). Verdades como puñetas: una visión iusfilosófica práctica jurisprudencial de responsabilidad sanitaria derivada del derecho fundamental al consentimiento informado, en su conexión con el derecho a la integridad física y moral. *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social* (en prensa).
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León y Gullón, A. (2003). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II. Tecnos.
- Domínguez Luelmo, A. (2007). *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. (2.ª ed.). Lex Nova.
- Galán Cortés, J. C. (2001). *Responsabilidad médica y Consentimiento informado*. Civitas.
- Gallardo Castillo, M. J. (2009). *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Bosch.
- García Blázquez, M. y Castillo Calvín, J. (2011). *Manual Práctico de responsabilidad de la profesión médica (Aspectos Jurídicos y Médico-forenses)*. (3.ª ed.). Comares.
- García Garnica, M. C. (2010). *Aspectos Básicos de la Responsabilidad Civil Médica*. Aranzadi.
- Gisbert Grifo, M. S. y Fiori, A. (2004). Responsabilidad médica. En E. Villanueva (Ed.), *Gisbert Calabuig. Medicina legal y toxicología*. (6.ª ed., pp. 109-124). Masson.
- Labajo González, E. (2015). *Valoración del daño en Odontología*. Máster en Pericia Sanitaria (2015-2016). <https://cutt.ly/GzNQLZM>
- Lorenzo, R. de y Bascones, A. (1996). *El Consentimiento informado en Odontoestomatología*. Editores Médicos.

- Luna Yerga, A. (2004). *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad*. Thomson Civitas.
- Martín Casals, M. (2005). Una primera aproximación a los «Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil». *InDret*, 2.
- Perea Pérez, B., Santiago Sáez, A., Labajo González, M. E., Albarrán Juana, M. E., Dorado Fernández, E. y García Martín, A. (2013). El médico ante los tribunales: análisis de las sentencias judiciales relacionadas con la responsabilidad profesional médica en España. *Revista Española de Medicina Legal*, 39(4), 130-134. <http://dx.doi.org/10.1016/j.reml.2013.05.001>
- Reynal Reillo, E. (2018). *Consentimiento informado y Responsabilidad en el Ámbito Sanitario*. Aranzadi.
- Rodríguez López, P. (2004). *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Bosch.
- Sanz Encinar, A. (2000). El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho. *AFDUAM*, 4, 27-55.
- Seijas Quintana, J. A. (2009). Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados? *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 29, 9-22.
- Souviron Morenilla, J. M. (1988). *La configuración jurídica de las profesiones tituladas en España y en la Comunidad Europea*. Consejo de Universidades.
- Urbano Castrillo, E. (2012). La responsabilidad penal médica: Estado actual de la cuestión. *Revista Jurídica Can.* 25, 63-110.
- Vázquez Barros, S. (2009). *Responsabilidad civil de los médicos*. Tirant lo Blanch.
- Vázquez Jiménez, F. D. (2007). Aspectos prácticos de la responsabilidad médica. *R. Miramar*, 168, 50-53.
- Zambrana Moral, P. y Corpas Pastor, L. (1998). Consentimiento informado en odontopediatría. Implicaciones penales. *Informe dental*, 15, 295-97.



Alquiler turístico. Posibilidad de prohibir el alquiler vacacional. Mayorías necesarias para adopción de acuerdos de limitación

María José Hernández Rodríguez

Juez sustituta. Juzgados de Alicante

majohernandez8@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-2207-3377>

Extracto

El presente artículo trata de poner sobre la mesa la realidad actual que afecta a los propietarios de viviendas que, en régimen de propiedad horizontal, comparten cotitularidad con inmuebles que se destinan por sus dueños al llamado alquiler vacacional, con la dificultad de compatibilizar los distintos intereses y necesidades de unos y otros, analizando la legislación y jurisprudencia existente sobre la materia, para llegar a una serie de propuestas sobre medidas, actuaciones y posibles soluciones que se ofrecen a tal conflicto.

Palabras clave: alquiler vacacional; acuerdos; mayoría necesaria; prohibición; normativa; Comunidad Valenciana.

Fecha de entrada: 03-04-2022 / Fecha de aceptación: 04-05-2022

Cómo citar: Hernández Rodríguez, M.^a J. (2022). Alquiler turístico. Posibilidad de prohibir el alquiler vacacional. Mayorías necesarias para adopción de acuerdos de limitación. *Revista CEFLegal*, 258, 39-52.



Tourist rental. Possibility of prohibiting tourist rentals. Majorities necessary for adoption of limitation agreements

María José Hernández Rodríguez

Abstract

This article tries to put on the table the current reality that affects homeowners who, under the horizontal property regime, share co-ownership with properties that are used by their owners for the so-called vacation rental, with the difficulty of reconciling the different interest, and needs of each other, analyzing the existing legislation and jurisprudence on the matter, to arrive at a series of proposals on measures, actions and possible solutions that are offered to such conflict.

Keywords: vacation rental; agreements; majority required; ban; Valencian Community; regulations.

Citation: Hernández Rodríguez, M.^a J. (2022). Alquiler turístico. Posibilidad de prohibir el alquiler vacacional. Mayorías necesarias para adopción de acuerdos de limitación. *Revista CEFLegal*, 258, 39-52.



Sumario

1. Introducción
2. Normativa sobre alquiler vacacional
3. Mayorías necesarias para adopción de acuerdos de regulación y limitación del alquiler vacacional
4. Jurisprudencia sobre alquiler vacacional
 - 4.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, de 29 de septiembre de 2021
 - 4.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 4 de junio de 2021
 - 4.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.^a, núm. 708/2017, de 27 de diciembre
 - 4.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, núm. 72/2015, de 12 de marzo
5. Propuesta de normas de regulación, control y limitación del alquiler vacacional. (Acuerdos adoptados por mayoría de 3/5 de cuotas de participación)
6. Conclusiones



1. Introducción

En la actualidad, cada vez más propietarios quieren destinar sus viviendas al alquiler vacacional o turístico, lo que conlleva que, sobre todo en aquellas zonas costeras que son destinos turísticos en nuestro país, se presente una gran problemática con el resto de vecinos propietarios, que destinan sus viviendas a uso exclusivamente residencial.

Esta nueva situación no existía hace unos años en nuestro país, y las complejas relaciones vecinales hacen que dicho contexto sea idóneo para generar conflictos y malestar, especialmente entre los vecinos que residen de forma permanente en la vivienda, lo que conlleva que las comunidades de propietarios se planteen prohibir o limitar el alquiler vacacional de las viviendas que integran la comunidad.

2. Normativa sobre alquiler vacacional

En primer lugar, conviene señalar que el alquiler vacacional, propiamente dicho, está excluido de la aplicación de la Ley de arrendamientos urbanos, que en su artículo 5 apartado e), al tratarse de una actividad económica, dispone lo siguiente:

- e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediata, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen derivado de su normativa sectorial turística.

Por lo que la regulación del alquiler vacacional pasa a ser competencia de las comunidades autónomas, y cada una de ellas ha elaborado su propia ley de alquiler vacacional.

Ahora bien, la Ley de propiedad horizontal (LPH), tras su reforma por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, al introducir el nuevo apartado 12 en el artículo 17 de la ley, referido a los acuerdos para la limitación del uso como vivienda turística, ha reducido el *quorum* necesario para modificar el título constitutivo de propiedad horizontal o los estatutos, en los casos en que se acuerde la limitación del ejercicio de la actividad turística. Así, el artículo 17, apartado 12, de la LPH establece lo siguiente:

El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %.

No obstante, el alquiler vacacional de una vivienda en un edificio de propiedad horizontal que conlleve una serie de actividades molestas, insalubres, peligrosas, nocivas o ilícitas no tienen por qué ser toleradas por el resto de vecinos de la comunidad, pudiéndoles poner fin, en términos generales, conforme establece el artículo 7.2 de la LPH; al igual que si la comunidad tiene prohibido el alquiler vacacional en sus estatutos y un propietario destina su vivienda a tal fin, el artículo dispone que

al propietario y ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes.

Si el infractor persistiere en su conducta el Presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario.

Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios, el Juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local.

Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento.

Dependiendo además de la comunidad autónoma donde se encuentre la vivienda destinada a alquiler vacacional, serán necesarios una serie de requisitos que se tendrán que llevar a cabo en relación con la comunidad de propietarios.

Por regla general, el propietario que desee formalizar un contrato bajo la figura de alquiler vacacional deberá haber cumplimentado el registro correspondiente de su actividad en las dependencias habilitadas por su comunidad autónoma, o ayuntamiento, a fin de llevar a cabo su declaración administrativa de actividad de alquiler vacacional.

En caso de no cumplimentar este requisito se faculta a la comunidad de propietarios para llevar a cabo, por medio de su presidente o administrador de fincas colegiado, la puesta en conocimiento ante el organismo competente del incumplimiento de esta obligación administrativa a los efectos sancionadores procedentes.

3. Mayorías necesarias para adopción de acuerdos de regulación y limitación del alquiler vacacional

En primer lugar, existe la posibilidad de prohibición del alquiler vacacional si dicha cláusula hubiera sido impuesta por el promotor en el momento de constituirse la comunidad, si bien, al tratarse de una cuestión bastante novedosa, no existe por regla general esa cláusula impuesta por el promotor, sobre todo en viviendas que ya cuenten con unos años de antigüedad, o, en su caso, mediante acuerdo adoptado por unanimidad en junta de propietarios, con modificación de los estatutos de la comunidad e inscripción en el Registro de la Propiedad. No tendrá efecto retroactivo, de modo que no afectaría, exclusivamente, a quien ya viniera ejerciendo la actividad de forma legal, con las autorizaciones administrativas y la vivienda inscrita en el registro de turismo, por lo que una vez adoptado el acuerdo por unanimidad con modificación de los estatutos, se hace necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad, dado que entonces el acuerdo solo vincularía a los vecinos, no a los terceros adquirentes de nuevas viviendas, que podrían alegar el desconocimiento del acuerdo y que por tanto no les vincularía.

Ahora bien, esta opción resulta casi del todo punto inviable, dado que se requerirá también el consentimiento del dueño de la vivienda que pretende destinarla al alojamiento turístico, quien siempre se opondrá a que no se pueda destinar su vivienda al alquiler vacacional.

Una segunda opción, más viable jurídicamente, es la posibilidad de regulación del alquiler vacacional, con establecimiento de normas de control y limitación; acuerdo que debe adoptarse en junta de propietarios por mayoría de 3/5 (votos y coeficientes de participación).

En ambos casos, los propietarios que no se hallen al corriente en el pago de las cuotas y derramas no podrán ejercer el derecho de voto.

Así, podrá aprobarse por la junta de propietarios por el mismo *quorum* de 3/5 del artículo 17.12 de la LPH, con voto presunto del ausente, que todo propietario que desee formalizar un contrato bajo la figura de alquiler vacacional deba pagar a la comunidad de propietarios cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, que no podrá exceder del 20 %, según el artículo 17.12 de la LPH, que lo establece con claridad, lo que supone una compensación comunitaria, según se aprobó en la reforma de la LPH.

Si se tratara de un alquiler vacacional esporádico en el mes en que lo lleve a cabo, le será repercutido en su cuota el incremento de ese 20 % sobre lo que pague.

4. Jurisprudencia sobre alquiler vacacional

Existen sentencias dictadas por juzgados y tribunales en las que se prohíbe el alquiler vacacional, condenando al cese definitivo del mismo, si bien porque ello se justifica en atención al interés general de la comunidad y por contravención de lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LPH.

4.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, de 29 de septiembre de 2021

Atendiendo a ello, está claro que los pisos de uso turístico, ni están destinados a vivienda del titular del propietario, ni a arrendamiento en el sentido de lo que la LAU entiende que es un arrendamiento, es decir, para vivienda de un tercero con finalidad de permanencia, de tal forma que los pisos de uso turístico se identifican con lo que se viene entendiendo por un hospedaje, cual es el alojamiento de terceros, a cambio de un precio, sin la voluntad de permanencia, por lo que el alquiler efectuado por el propietario demandado de uso turístico o vacacional con servicio de limpieza incluido, sí entra dentro de la regulación del Decreto del Consell 92/2009, y podemos considerar que sí se encuentra prohibida en el precepto

17 y 20 de los Estatutos de la comunidad, pues como argumenta la resolución de instancia cuando fueron redactados en 1980, no existían los alquileres turísticos en España, y el «título constitutivo ha de interpretarse en base al principio establecido en el artículo 3.1 del Código Civil de la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas, considerando que el alquiler turístico se subsume en las prohibiciones establecidas en dichos artículos».

En un supuesto similar se pronuncia la SAP de Madrid de 5 de mayo de 2021.

Por otro lado, nadie discute que el derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido en el art. 33 de la CE, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente, pero ello no quiere decir que aquella no esté sometida, en el ámbito de la propiedad horizontal, a las limitaciones o prohibiciones que en general atienden al interés general de la comunidad. En esta idea la STS de 5 de mayo de 2015 sobre que, en el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible, el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atienden al interés general de la comunidad.

Además de lo expuesto, el art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, por lo que, además de que el régimen de cesión del uso del apartamento está calificado como apartamento turístico, esa actividad que en él se desarrolla resulta molesta o incómoda para el resto de propietarios, pues hay que disciplinar la vida de la comunidad en aras de asegurar que el derecho propio de un comunero (el uso y disfrute de la cosa como manifestación del dominio) no se traduzca en perjuicio ajeno ni en menoscabo del conjunto. Por tanto, actividad incómoda es aquella que provoca molestias a los demás integrantes de la Comunidad, incluyendo conductas de todo tipo que privan o dificultan a los demás del normal y adecuado uso y disfrute de la cosa o derecho. Y así, el Tribunal Supremo ha conceptualizado así las reuniones numerosas y bulliciosas que ocasionen molestias que exceden de la convivencia en un edificio en régimen de propiedad horizontal, así como las actividades ruidosas que se desarrollan a altas horas de la noche por los ocupantes del inmueble y el desorden del horario en entradas y salidas de los mismos.

Esta sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, prohíbe y condena al cese del alquiler vacacional, atendiendo al interés general de la comunidad y en contravención a lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LPH, ya que al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, por lo que, si el alquiler vacacional resulta molesto e incómoda al resto de propietarios, puede provocar el cese de dicha actividad, en aras de asegurar que el derecho propio de un comunero no se traduzca en perjuicio ajeno ni en menoscabo del conjunto.

4.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 4 de junio de 2021

Entendemos que la actividad turística desarrollada en el piso de autos es una actividad mercantil que altera el principio de residencia familiar y, por tanto, no permitida en los estatutos de la comunidad de propietarios demandante. No cabe asimilar la actividad de piso turístico, que se asemeja más a una relación de hospedaje propia de un hotel o una pensión, que no condiciona en modo alguno el hospedaje a que los usuarios integren un grupo familiar, pudiendo limitarse el uso de vivienda a un solo día, a una relación de inquilinato sujeta a la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la que existe una residencia con cierta vocación de continuidad y permanencia. De hecho, las viviendas que se arriendan para uso turístico quedan fuera del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Por último, consideramos que la aplicación de los criterios seguidos en la STS 2018, de 15 de junio, no llevan a la conclusión mantenida por la sentencia de instancia. Como indica esta sentencia, es posible y aceptable establecer limitaciones consistentes en la prohibición de realizar determinadas actividades en el inmueble, siempre y cuando consten de manera expresa, lo que entendemos que sucede en el caso presente, al establecer la regla estatutaria de manera específica que el destino de las viviendas será exclusivamente residencia familiar y excluir el desarrollo de cualquier actividad que altere ese destino, sin que ello suponga una interpretación extensiva de la misma, pues resulta encuadrable en sus términos (la actividad mercantil que se desarrolla en la vivienda no constituye un alquiler y altera la consideración de las viviendas como residencias familiares) y, por tanto, no es preciso que se mencione expresamente como actividad excluida de uso turístico, máxime cuando la misma era inexistente en el momento en que todos los copropietarios por unanimidad decidieron establecer la prohibición.

Como vemos en esta sentencia es posible establecer una regla estatutaria en el título constitutivo de la comunidad, donde se mencione expresamente que el destino de las viviendas sea exclusivamente de residencia familiar, y con ello se excluya el desarrollo de cualquier actividad que altere ese destino, sin que sea necesario mencionar la prohibición del alquiler vacacional o turístico, puesto que dicha actividad no constituye un alquiler y alteraría por tanto la consideración de las viviendas como residencias familiares.

4.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.^a, núm. 708/2017, de 27 de diciembre

La actividad consistente en la existencia de viviendas de uso turístico no se puede conceptualizar como actividad ilícita, ni va contra las actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, ni es abstracto, una actividad que suponga un daño o peligro

para el edificio. Tampoco la actividad *per se* y en abstracto supone un daño o peligro para el edificio, en la medida en que el uso intensivo de los elementos comunitarios por el trasiego de los ocupantes no es exclusivo de este tipo de actividad, sino de otras, como despachos profesionales. No se puede concluir, en abstracto, que la existencia de viviendas de uso turístico suponga actividad contraria a la convivencia normal en la comunidad, sino que es necesario que el uso que se haga pueda tildarse de anómalo o antisocial, como consecuencia de una serie de conductas o actuaciones que merezcan la consideración de incívicas, análisis que deberá realizarse caso por caso. Al respecto de lo que deba entenderse por conductas o actividades incívicas, se establece la necesidad de que las actividades que se emprendan en los elementos privativos por sus propietarios o por quienes de ellos traen causa se desarrollen dentro de los límites de la normalidad del uso y tolerabilidad por los restantes vecinos, atendidas las condiciones de lugar y la naturaleza de los inmuebles de acuerdo con las normas de la buena fe. Ciertamente, como indica la STSJC de 17/2012 de 20 de febrero (RJ 2012, 10019), la calificación de una concreta actividad como molesta y contraria a la normal convivencia de la comunidad puede dar lugar por su carácter de concepto jurídico indeterminado a un amplio abanico de posibilidades lo que deviene en una cuestión casuística que deberá ser resuelta conforme a las circunstancias de cada caso concreto, debiendo entenderse como «normal convivencia» aquella que se produce en circunstancias estándares o que se ajusta a las normas o reglas de conducta predeterminadas o fijadas de antemano. Dicha sentencia, en relación con actividades de tipo turístico, ya determinó que lo sancionable era el anómalo y antisocial ejercicio del derecho, revelado por una serie de conductas incívicas continuadas y graves (mal uso continuo del ascensor, reiterados ruidos y fiestas nocturnas, actos de vandalismo, suciedad en los rellanos con restos de comida, botellas, preservativos y robos).

Como vemos, el alquiler vacacional no constituye *per se* una actividad ilícita, ni va contra las actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, por la que el resto de comuneros puedan de manera automática solicitar el cese y la prohibición del alquiler turístico, sino que habrá que estar al caso concreto, debiendo el resto de propietarios acreditar que el alquiler vacacional altera la convivencia normal de la comunidad, por una serie de conductas incívicas, continuadas y graves.

4.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, núm. 72/2015, de 12 de marzo

Los alquileres turísticos constituyen un régimen que, en principio, no vulnera la esencia del régimen comunitario, pues se trata de unos arrendamientos por corto espacio de tiempo cuya concertación esta dentro del poder de disposición del derecho de propiedad, no existiendo base en la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la Ley de Propiedad Horizontal ni en el Código Civil para entender prohibida la

posibilidad de arrendar una vivienda por un periodo corto o largo, sin perjuicio de las normas existentes sobre duración mínima en casos normales.

Como vemos en esta sentencia, los alquileres turísticos o vacacionales no vulneran la esencia del régimen de propietarios, por lo que no es posible, de forma generalizada, la adopción de acuerdos en junta de propietarios, por la que se fije una prohibición del destino que un comunero quiera darle a su inmueble, en una concreta modalidad arrendaticia, como es el alquiler vacacional.

5. Propuesta de normas de regulación, control y limitación del alquiler vacacional. (Acuerdos adoptados por mayoría de 3/5 de cuotas de participación)

1. Preceptiva comunicación e inscripción en el Registro de Turismo de la Generalitat Valenciana de la vivienda como turística o vacacional, con obtención de las autorizaciones y licencias administrativas necesarias para el desarrollo de la actividad, que deberá acreditar ante la comunidad, aportando la oportuna justificación documental a la Administración.
2. Obtenida en su caso las autorizaciones administrativas pertinentes, en el desarrollo de la actividad de alquiler vacacional deberán observarse por la propiedad de la vivienda o empresa gestora de la misma las siguientes normas y reglas:
 - a) Contratación de un seguro de responsabilidad civil, por los daños que puedan causar los inquilinos a la comunidad de propietarios, con una cobertura mínima acordada en junta, siendo en todo caso el propietario responsable solidario de tales daños junto a sus inquilinos.
 - b) El propietario de la vivienda afectada deberá hallarse al corriente en el pago de los gastos comunes de mantenimiento y derramas aprobadas por la comunidad, como requisito imprescindible para poder desarrollar esta actividad.
 - c) Además, se podrá establecer un incremento en su caso del 20 % en la contribución a los gastos comunes y extraordinarios del componente-vivienda destinado al alquiler vacacional (art. 2.3 RDL 7/2019 y art. 17.12 LPH).
 - d) Obligación de entregar a los inquilinos un pliego informativo con las normas de régimen interior de la comunidad (horario de piscina, prohibición de fiestas, etc.) con la expresa advertencia de desalojo de la vivienda en caso de incumplimiento.
 - e) Se podrá establecer una limitación mínima acordada en junta del periodo de alquiler, por inquilino y familia.

- f) El número máximo de ocupantes de la vivienda también se podrá limitar en la junta de propietarios y no sobrepasar en su caso el límite acordado.
3. En caso de incumplimiento de una cualquiera de estas normas, se formalizará inmediata denuncia ante la Policía y ante el Departamento de Inspección Turística de la Generalitat, para la apertura del correspondiente expediente sancionador.
 4. Y, de persistir dicho incumplimiento y, en todo caso, cuando el desarrollo del alquiler vacacional se convierta en una actividad molesta para la comunidad o sus vecinos, se procederá conforme al artículo 7.2 de la LPH, esto es, ejercitando las acciones judiciales pertinentes, con el objeto de condenar al cese definitivo de dicha actividad, y en su caso para privar del uso de la vivienda a su propietario, si persistiere en su conducta, hasta por un plazo de tres años.
 5. Es posible y aceptable establecer limitaciones consistentes en la prohibición de realizar determinadas actividades en el inmueble siempre y cuando conste de manera expresa en los estatutos, cuando de manera específica se haga constar que el destino de las viviendas será exclusivamente de residencia familiar y excluya cualquier otra actividad que altere ese destino, sin que ello suponga una interpretación extensiva, puesto que el alquiler vacacional no constituye un alquiler y altera la consideración de viviendas como residencias familiares, tratándose más bien de un hospedaje o actividad mercantil, por lo que no sería en este caso necesario que se mencionara expresamente en los estatutos, al contemplar estos el destino exclusivo de residencia familiar de las viviendas, máxime cuando esta actividad en la mayoría de los casos era inexistente cuando se redactaron los estatutos, y se decidió establecer esta prohibición.

6. Conclusiones

Las juntas de propietarios no pueden prohibir sin justa causa el arrendamiento turístico. Únicamente podrán limitar esta actividad en los términos de la regulación legal de esta actividad que exista en cada ámbito territorial; acuerdos adoptados por mayoría de 3/5 de cuotas de participación.

Ahora bien, cuando el desarrollo del alquiler vacacional se convierta en una actividad molesta para la comunidad o sus vecinos, se procederá conforme al artículo 7.2 de la LPH, esto es, ejercitando las acciones judiciales pertinentes, con el objeto de condenar al cese definitivo de dicha actividad, acreditando que el alquiler vacacional altera la convivencia normal de la comunidad, por una serie de conductas incívicas, continuadas y graves.

Es también posible y aceptable establecer limitaciones para realizar determinadas actividades en el inmueble siempre y cuando conste de manera expresa en los estatutos y, de manera específica, se haga constar que el destino de las viviendas será exclusivamente de residencia familiar, y excluya cualquier otra actividad que altere ese destino.

En definitiva, tal y como se recoge en el artículo de la *Revista de Derecho Inmobiliario*, de 1 de julio de 2019, n.º 76 –encuesta realizada entre diversos juristas– hemos de concluir, con apoyo en la posición mayoritaria de la doctrina, que no se puede prohibir sin justa causa el alquiler vacacional en junta de propietarios por mayoría de 3/5:

La reforma de la LPH por Real Decreto 7/2019 no permite la prohibición por la junta del alquiler vacacional por 3/5. Solo regularlo:

1. La actividad a que se refiere la letra e) del art. 5 LAU no puede ser «prohibida» o eliminada por la comunidad de propietarios si alcanza la mayoría referida de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación y sí tan solo limitada o condicionada o, si se quiere, restringida.

2. La comunidad no podrá impedir que un comunero pueda ejercer la actividad indicada en una finca de su propiedad, ni suprimir su derecho a hacerlo aunque, como se dice, sí podrá establecer los límites o condiciones a los que aquella deba someterse, límites y condiciones que no podrán ser arbitrarios ni caprichosos, sino justificados y motivados, en orden a evitar una postura por parte de esa mayoría que pueda ser calificada como de abuso de derecho, proscrito de toda decisión comunitaria. Igualmente, tales limitaciones no podrán ser de tal calibre que, *de facto*, supongan la supresión de ese derecho.

Solo si el comunero que ejerciera dicha actividad franquea los límites, condiciones o restricciones que hubiera justificada y razonadamente acordado la comunidad, esta podrá ejercitar las acciones que estime oportunas en orden a que cese la misma.

3. ¿Que límites o condiciones se pueden imponer por parte de la comunidad de propietarios al uso vacacional de las viviendas del inmueble?

Sin perjuicio de las obligaciones de los propietarios de las viviendas destinadas a uso turístico de cumplir los requisitos administrativos que se puedan haber fijado por cada comunidad autónoma, la comunidad de propietarios puede establecer diversas limitaciones, como por ejemplo la no permanencia en las zonas comunes de los ocupantes, que las llaves de la vivienda o del portal no se puedan dejar fuera del edificio para que las recoja el futuro inquilino, por el peligro de seguridad que puede suponer para la finca, limitar el número de usuarios que puedan estar en la vivienda de formado simultánea, etc.; en todo caso debe tratarse de limitaciones o condiciones que tenga un beneficio para la finca, y el resto de los ocupantes, pero no condiciones que impliquen un claro abuso de derecho, o que lo que supongan realmente sea una prohibición absoluta de ese destino vacacional de la vivienda, que no se deduce de la norma examinada.

4. Pero la comunidad, aunque alcance la mayoría cualificada que determina ese número 12 del art. 17 LPH, no puede prohibir directamente que uno de los inmuebles particulares de una comunidad de propietarios se dedique al llamado alquiler vacacional. Otra cosa distinta es que, establecidas determinadas condiciones



para ello, el incumplimiento de las mismas, si afecta de una manera importante al desenvolvimiento normal de la comunidad, pueda considerarse actividad molesta y ser prohibida.

5. Interpretar la limitación como una prohibición absoluta constituye, desde nuestro punto de vista, un exceso que vulneraría las facultades dominicales derivadas del derecho del titular de la vivienda, salvo que tuvieran su base en una normativa extracomunitaria.

Dicho de otro modo, la junta de propietarios solo podría prohibir el uso solo cuando la normativa sectorial no permite la actividad en el tipo, lugar o tiempo del edificio, en modo tal que en realidad nada podría añadir a dicha regulación, teniendo solo sentido en realidad la actividad limitativa de la comunidad en aquellos casos en que la normativa sectorial admitiera vectores, en función de condiciones, arcos decisorios que constituirían, a la postre, formas de condicionamiento en el uso turístico de la propiedad, que sí podrían adoptarse por la comunidad mediante un acuerdo del art. 17.12.^a LPH, que, sin embargo, entendemos, no podría adoptar un límite entendido como prohibición de la actividad por moles del art. 7.2 LPH, que no admite –creemos– formas preventivas.

6. La intención de la norma se orienta a facilitar la posibilidad de adopción de acuerdos que regulen o condicionen por parte de la comunidad tales usos de las viviendas, cuando el título constitutivo no prohíba tales usos, así como el facilitar en virtud de tal uso y de la proliferación de gastos que ello puede originar al conjunto de la comunidad, una mayor participación del titular del elemento que se afecta a estas actividades.

Derecho del menor: comunicación y estancia con sus progenitores

Comentario a la STS de 18 de mayo de 2022

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

La sentencia seleccionada para comentar aborda una cuestión que se suscita frecuentemente ante los tribunales, como es la contribución a las cargas de los progenitores a los gastos de viaje y estancia de unos progenitores cuando tienen que viajar a otro país para estar y comunicarse con su hijo menor.

Brevemente, se expone que el juzgado de primera instancia, después de determinar la guarda y custodia compartida, régimen de estancia con cada progenitor, las vacaciones escolares, la pensión y gastos extraordinarios, determina que el coste de los viajes que deban realizarse para el ejercicio del derecho de visitas será costeadado por ambos progenitores por mitad.

La sentencia es apelada por ambos progenitores, y por la audiencia provincial se revoca la sentencia de instancia en algunos puntos, aumentando la pensión alimenticia a cargo del progenitor paterno; indica que ambos padres deberán costear los desplazamientos del progenitor para mantener el contacto con su hijo en el régimen de visitas establecido en la sentencia, si bien se establece que los gastos de viaje serán exclusivamente a cargo del padre, o subsidiariamente se moderase la contribución de tales gastos, determinando una cantidad por viaje, y por todos los conceptos, de 150 euros por cada uno de ellos.

Es importante mencionar que los progenitores viven por decisión propia en localidades distantes y países diferentes. El padre en España y la madre, con el hijo menor, en Reino Unido, donde trabaja. Es evidente que tal circunstancia supone una dificultad, aunque no impide los contactos padre e hijo, que se vienen desarrollando mediante desplazamientos periódicos del demandado al lugar de residencia del menor.

Es importante hacer constar que la jurisprudencia ha mencionado de manera reiterada, y así lo declaró en la sentencia de 26 de mayo de 2014 (NCJ058579) y en otras posteriores, en las que debe observarse el principio del interés del menor, esencial en el sistema, de manera que no se dificulte la relación con cada progenitor, que sí afecta al reparto equitativo de las cargas, de manera que ambos intervengan en el pago de los costes del traslado de

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de junio de 2022).

manera equilibrada y proporcional a su situación económica, con base tanto en la situación personal de cada uno, como en la flexibilidad laboral o circunstancias familiares, entre otros aspectos. El Tribunal Supremo tiene declarado que en los supuestos de los casos en que los ingresos de los progenitores sean similares, el reparto de los gastos del desplazamiento del menor se reparta al 50 % entre ambos progenitores, lo que debe observarse tanto para los casos de desplazamiento del menor como para ambos progenitores, con la finalidad de facilitar las visitas con su padre y con su madre.

Es evidente que el régimen que se establece en el caso de la sentencia genera indiscutibles gastos, tanto de viaje como de estancia en el extranjero, y siendo similar la situación económica de cada progenitor, a la vista de la sentencia, ambos deben colaborar en satisfacer dichos costes, al ser ambos responsables del menor, y ambos deben garantizar el bienestar de su hijo, que es el titular del derecho de relacionarse con su padre; ambos progenitores, como titulares de la patria potestad, deben asegurar y garantizar esa relación, contribuyendo a esos gastos.

En primer lugar, siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos, y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, si bien es no es posible entrar a juzgar los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los artículos 53 de la Constitución española y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que obligan al Tribunal Supremo a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS de 11 febrero y 25 de abril de 2011 [NCJ055167]).

Por otro lado, como complemento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del convenio (véase, entre otras, sentencias Johansen contra Noruega de 7 de agosto de 1996, y Bronda contra Italia de 9 de junio de 1998); de donde concluye el tribunal que «el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio».

La jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, en relación con esta cuestión, en las sentencias 289/2014, de 26 de mayo (NCJ058579); 664/2015, de 19 de noviembre (NCJ060798), y 565/2016, de 27 de septiembre (NCJ061715), ha establecido los criterios

para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar el menor al domicilio de cada uno de los progenitores, señalando que se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto:

a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual.

b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial.

Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables.

Esta doctrina se reitera en la STS 676/2017, de 15 de diciembre (NCJ063022), en la que se manifiesta que

se establece en beneficio e interés del menor, al facilitar su relación con cada uno de los progenitores y habrá de primarse el interés del menor y un reparto equitativo de cargas, a fin de que los gastos de desplazamiento no impidan el contacto con el menor, pero debiendo tener en cuenta la capacidad económica de cada uno, su horario laboral, etc., así como el hecho de que se trata en este caso de un desplazamiento de larga distancia que exige ponderar las circunstancias concurrentes para resolver en su vista, y lo cierto es que la sentencia de apelación no pudo tener en cuenta dichos datos, ni los tiene esta sala para resolver en el beneficio e interés de los menores, como sería deseable.

Debe asimismo mencionarse la STS, Sala Civil, de 16 de mayo de 2017, que determina que

el art. 94 CC encomienda al juez la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas. El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda sobre la situación del menor, incluido el régimen del llamado derecho de visita, es el del interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta por ello desdeñable (Sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre [NCJ047653], con cita de otras anteriores). Así lo exige el art. 39 de la Constitución y resulta también del art. 92.4 y 8 y del art. 94 CC, que deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

No existe una previsión legal acerca de cómo debe organizarse el sistema de visitas ni con carácter general ni, en particular, cuando los progenitores residen en lugares alejados o incluso, como sucede en el caso, en países que se encuentran en distintos continentes. Como ha advertido el Tribunal Supremo, cuando no exista un acuerdo entre los progenitores que sea beneficioso para el menor, para los supuestos que supongan un desplazamiento de larga distancia, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las medidas singulares más adecuadas en interés del menor (sentencias 289/2014, de 26 de mayo; 685/2014, de 19 de noviembre, y 565/2016, de 27 de septiembre).

Puesto que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la custodia permanente se configuran como un derecho del progenitor y, al mismo tiempo, como un derecho del propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del menor. En particular, no cabe duda de que entre los factores que influyen de manera decisiva en la efectividad del derecho de visitas se encuentra el de los gastos de traslado necesarios para que el progenitor pueda tener en su compañía al menor, pues una imposición de gastos que resulte difícilmente asumible por el progenitor, en atención a sus circunstancias económicas, obstaculiza el derecho de visitas y priva al menor de su compañía. De ahí que, como declara la doctrina contenida en numerosas sentencias de la Sala Civil, deba decidirse en cada caso atendiendo al interés del menor y a un reparto equitativo de las cargas económicas y personales de dedicación al traslado, lo que también redundaría en el prevalente interés del menor, en la medida en que favorece el ejercicio del derecho de visita.

Partiendo de estos dos principios, interés del menor (art. 39 CE, art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, arts. 92 y 94 CC) y reparto equitativo de las cargas (que se induce también de los arts. 90.1.d., 91 y 93 CC), la solución que se adopte en cada caso tiene que ser la ajustada a las circunstancias concretas. No resulta posible adoptar de manera rígida un único sistema de frecuencia, duración, ni de traslado y contribución a sus gastos.

En cada caso, en atención a los datos de hecho, lo que procede es valorar el interés del menor, y así se hace en la doctrina de esta sala en los supuestos que se ha pronunciado sobre el derecho de visitas cuando los padres residen en lugares alejados:

1.º La Sentencia 289/2014, de 26 de mayo que, a partir de los principios generales de interés del menor y contribución equitativa a los gastos, elabora la doctrina sobre el reparto de gastos de los traslados derivados del ejercicio del derecho de visita, entiende que, en el caso concreto (viaje de 32 kilómetros en autobús de un niño de 4 años, padres de escasos ingresos), debe ser casada la sentencia que atribuye al progenitor que no tiene la custodia todos los gastos de recogida y retorno, sin ponderar expresamente el interés del menor y el reparto equitativo de cargas; se confirma la del juzgado que atribuía a cada progenitor la recogida del niño en el domicilio del otro.

2.º La Sentencia 536/2014, de 20 de octubre, casa la de la audiencia provincial y confirma la del juzgado que, valorando las circunstancias concurrentes en un caso en el que, por ser conforme al interés del menor, se autoriza que la madre custodia se traslade a Brasil (la madre vuelve a su país, donde tiene a toda su familia directa, el padre carece de un entorno familiar insuficiente para cuidar al hijo si encontrara trabajo), y se fija que los gastos de traslado del niño para visitar al padre sean compartidos («protegiendo las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos»).

3.º La Sentencia 685/2014, de 19 de diciembre, confirma la sentencia que, valorando el interés del menor y, atendiendo a la modificación sustancial de las circunstancias (cambio de trabajo y menores ingresos del padre y la edad del menor, que inicialmente desaconsejaban el traslado en transporte público —la madre carecía

de medio propio de transporte—, sin adaptación para niños de corta edad), modifica la situación inicial (en la que el padre asumía los gastos de traslado para recoger al menor y retornarlo), y, haciendo pivotar sobre los dos progenitores los gastos de traslado y los tiempos utilizados a tal fin, acuerda que en la semana y vacaciones que le correspondan al padre recogería él al niño en Bilbao (donde vive con la madre) y la madre lo recogería en Burgos (donde vive el padre) y lo retornaría a Bilbao.

4.º La Sentencia 748/2014, de 11 de diciembre, al entender que pondera el interés del menor con arreglo al principio de proporcionalidad, confirma la sentencia que, tras valorar el interés de la menor y referir expresamente que es beneficioso para ella, autoriza el cambio de residencia de la madre custodia, que se traslada al lugar de trabajo de su actual marido (de Baracaldo a Casteldefels), y le atribuye a ella los gastos de los desplazamientos de la menor para ver al padre (extremo que no fue impugnado).

5.º La Sentencia 529/2015, de 23 de septiembre, casa la sentencia que atribuía a la madre custodia todos los gastos de traslado del menor para visitar a su padre; en el caso, tras apreciar error notorio en la valoración de la prueba (sobre si el traslado de la madre, militar de profesión, de Tenerife a Melilla, fue voluntario o forzoso) e incongruencia (el padre no solicitó la custodia ni la totalidad de las vacaciones de semana santa), la sala asume la instancia y declara que, con arreglo a los principios de interés del menor y reparto equitativo de las cargas, procede que la madre custodia asuma la mitad de los gastos de desplazamiento del hijo a la residencia del padre, excepto en las vacaciones de verano; tiene en cuenta para ello la ausencia de traslado caprichoso de la madre y el incremento de los gastos que recaen sobre el padre para visitar a su hijo, lo que redundaría en su perjuicio, en cuanto obstaculiza la relación padre e hijo.

6.º La Sentencia 664/2015, de 19 de noviembre, casa la sentencia recurrida que, sin ponderar el interés del menor y el reparto equitativo de cargas, opta por atribuir al padre la recogida y retorno de la menor. Asumiendo la instancia, la sala declara que corresponde a cada progenitor hacer frente a los gastos de transporte del desplazamiento para recoger y llevar al niño a su respectivo domicilio (Sevilla, donde se ha trasladado la madre custodia, y Valencia, donde reside el padre). Atiende para ello a los ingresos y posibilidad de acceso al trabajo de ambos.

7.º La Sentencia 565/2016, de 27 de septiembre, confirma la sentencia que, a la vista de las circunstancias del caso (la residencia de la madre y del menor, de cuatro años, siempre ha sido Madrid; el padre se trasladaba allí desde Granada antes de la ruptura afectiva de la pareja y tiene una capacidad económica superior; la pensión que se fija es moderada en atención a sus ingresos y gastos, incluidos los de desplazamientos para el derecho de visita), valora que el interés del menor es que este permanezca con la madre y sea el padre el que se desplace para ejercitar el derecho de visita.

8.º El Auto de 3 de junio de 2015 no admite el recurso de casación interpuesto por la madre contra la sentencia que autoriza, en interés del menor, el traslado al extranjero del padre custodio (a Argentina, donde tiene su familia directa, una oferta de trabajo y un piso de residencia, frente a la situación de la madre, que tiene una hija de otra relación que se encuentra en una familia de acogida y cuya familia está

en otra localidad), pero al mismo tiempo establece un amplio régimen de visitas a favor de la madre, y asigna al padre el pago de los gastos de desplazamiento del hijo para visitar a su madre, dadas las dificultades económicas de ella.

Siendo diferentes las soluciones finales, porque están en función de las circunstancias que concurren en cada caso, todas estas resoluciones de la sala deciden valorando si la sentencia recurrida ha motivado su decisión en atención al principio del interés del menor y del reparto equitativo de las cargas. En el recurso de casación solo puede examinarse si la sentencia recurrida ha motivado suficientemente, a la vista de los hechos que considera probados, el interés del menor.

En definitiva, la sentencia recurrida justifica motivadamente su decisión, al valorar las circunstancias del caso, como la distancia, la edad de la niña, la posibilidad de hacer uso de un servicio de las compañías aéreas, los periodos de vacaciones del padre y las vacaciones escolares de la niña. Acepta de este modo, aplicando el principio del interés superior del menor, la propuesta del padre, que alegaba la imposibilidad económica de asumir los gastos de traslado para ir a recoger a la niña, en la medida en que ello duplicaría su importe, así como la menor onerosidad de la contribución de la madre de trasladar a la niña para coger el avión, con el fin de facilitar, en interés de la menor, el derecho de visita.

Por tanto, por mucho que el criterio de la sentencia no coincida con el particular y subjetivo de la recurrente, no es contraria a la doctrina de la sala la sentencia que, a la hora de fijar el régimen de visitas cuando el padre reside en el extranjero, valora el interés de la menor y la contribución personal y económica a los desplazamientos por parte de ambos progenitores de forma equitativa.

En este sentido se recoge en la sentencia que se comenta que la carga económica no tiene que ser soportada, exclusivamente, por el padre, que es quien realiza además el esfuerzo de los desplazamientos a Inglaterra para verse con su hijo. Por ello determina que la contribución de la madre deberá efectuarse por cada viaje y que comprende también los gastos de estancia, con exclusión de los relativos al mantenimiento, pero con un límite de 150 euros, por cada viaje de ida y vuelta, habida cuenta de la variación de precios según la época, anticipación en que se efectúe la compra de los billetes o reservas, lugar en que se lleve a efecto el hospedaje, etc.

Es evidente a que a la vista de la sentencia que se comenta, de acuerdo con la sentencia y con la doctrina del Tribunal Supremo, la sentencia estima el recurso interpuesto por el padre del menor, así como el recurso interpuesto por ambos progenitores ratificando la sentencia de la audiencia provincial, salvo en lo referente a que ambos padres deberán costear los desplazamientos del progenitor para mantener el contacto con su hijo en el régimen de visitas establecido en la sentencia, si bien se establece como máximo la contribución de la progenitora en 150 euros por cada uno de ellos, cantidad que se actualizará anualmente conforme al IPC, confirmando la pensión alimenticia del padre establecida por el juzgado.



Implementación normativa del artículo 18.4 de la CE: El derecho al olvido

Pablo Tortajada Chardí

*Abogado y director del Departamento Jurídico. Sebastián Abogados & Economistas
Profesor asociado de Derecho Civil. Universidad de Valencia*
pablo.tortajada-chardi@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-8475-8043>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Juan Antonio Xiol Ríos, doña Lucía Casado Casado, don Gabriel Domenech Pascual, doña Alicia González Alonso, don José Damián Iranzo Cerezo y don Fabio Pascua Mateo.

Extracto

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la implementación normativa del artículo 18.4 de nuestra Carta Magna, con el fin de atender la nueva realidad, y derechos. Se lleva a cabo un análisis de su evolución histórica, así como de su desarrollo legislativo y jurisprudencial, incidiendo en las resoluciones recaídas al respecto. Se articulan los mecanismos para llevar a cabo el ejercicio del derecho al olvido, en conexión con otros derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación del tratamiento, portabilidad y oposición recogidos en la Ley Orgánica 3/2018 y el Reglamento 2016/679. Se analiza el carácter de garantía del derecho al olvido respecto de otros derechos de los sujetos, tales como el derecho a la intimidad, el derecho al honor, el derecho al trabajo o el derecho de libertad de empresa, entre otros, todo ello desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial. En suma, un análisis y reflexión en la ponderación entre la libertad de información y los derechos de la personalidad, que se ven afectados con el avance de la tecnología, donde se produce la incidencia en el ejercicio, delimitación y protección de los derechos fundamentales, intimando un cambio social, y consecuentemente una rápida actualización de la legislación y jurisprudencia, ante el cambio de paradigma.

Palabras clave: implementación; ponderación; derecho al olvido; derechos fundamentales.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Tortajada Chardí, P. (2022). Implementación normativa del artículo 18.4 de la CE: El derecho al olvido. *Revista CEFLegal*, 258, 59-96.



The statutory implementation of article 18.4 of the Spanish Constitution: The right to be forgotten

Pablo Tortajada Chardí

Abstract

The purpose of this work is to analyze the normative implementation of article 18.4 of our Magna Carta, in order to address the new reality, and rights. An analysis of its historical evolution, as well as its legislative and jurisprudential development, is carried out, focusing on the resolutions passed in this regard. The mechanisms are articulated to carry out the exercise of the right to be forgotten, in connection with other rights of access, rectification, deletion, limitation of treatment, portability and opposition contained in Organic Law 3/2018 and Regulation 2016/679. The guarantee nature of the right to be forgotten will be analyzed with respect to other rights of the subjects, such as the right to privacy, the right to honor, the right to work or the right to freedom of business, among others, all from a doctrinal and jurisprudential perspective. In short, an analysis and reflection on the weighting between freedom of information and personality rights, which are affected by the advancement of technology, where there is an impact on the exercise, delimitation and protection of fundamental rights, intimating a social change, and consequently a rapid update of legislation and jurisprudence, in the face of the paradigm shift.

Keywords: implementation; weighting; right to be forgotten; fundamental rights.

Citation: Tortajada Chardí, P. (2022). Implementación normativa del artículo 18.4 de la CE: El derecho al olvido. *Revista CEFLegal*, 258, 59-96.

Sumario

1. Planteamiento: Articulación de una problemática
2. Antecedentes. Evolución. Marco jurídico
 - 2.1. Antecedentes. Evolución
 - 2.2. Marco jurídico
 - 2.2.1. Ámbito europeo
 - 2.2.2. Ámbito nacional
 - 2.3. Jurisprudencia
3. Consideraciones preliminares del derecho al olvido
 - 3.1. Derecho al olvido. Concepto y naturaleza jurídica
 - 3.2. Categorización del derecho al olvido, posterior inclusión en el ordenamiento jurídico
4. Ejercicio del derecho. Mecanismos y tutela judicial efectiva
 - 4.1. Ejercicio ante entidades privadas. Reguladores privados
 - 4.2. Ante la Agencia Española de Protección de Datos
 - 4.3. Procedimientos ADR. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE
 - 4.4. Procedimientos judiciales
 - 4.5. Sin dilación indebida
5. Excepciones al ejercicio del derecho
 - 5.1. Derecho a la libertad de expresión e información
 - 5.2. Obligación legal
 - 5.3. De interés público en el ámbito de la salud pública
 - 5.4. Archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos
 - 5.5. Para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones
6. Mecanismos de ponderación. Carácter de garantía del derecho al olvido. Respeto de los derechos y libertades fundamentales
 - 6.1. Ponderación de derechos. Principio de proporcionalidad. Técnica de la ponderación y aplicación del principio de proporcionalidad
 - 6.2. Conflictos del derecho al olvido
 - 6.2.1. Ponderación del derecho a la información y del derecho al olvido
 - 6.2.2. Derecho al honor, la intimidad y la protección de datos
7. Conclusiones

Referencias bibliográficas



1. Planteamiento: Articulación de una problemática

El presente trabajo se propone abordar, en el ámbito de los problemas constitucionales relacionados con las tecnologías de la información, el derecho al olvido, como paradigma de implementación normativa de nuestra Carta Magna (art. 18.4), garante de derechos constitucionales. En este aspecto, la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales viene declarado como derecho fundamental¹, que se desarrollará en este estudio, y ahondará en el derecho al olvido, descendiendo también al estudio de la figura «jurídica», en cuanto a capacidad y necesidad formativa, del delegado de protección de datos, como nueva figura exigida en la reglamentación vigente. En suma, es esa exigencia o estándar de protección, y puesta en funcionamiento, la que se pretende desarrollar en el trabajo, con una metodología y análisis comparativo, doctrinal y jurisprudencial, donde desarrollamos en este planteamiento inicial el qué, porqué y cómo,

¹ Artículo 18.4 de la Constitución española; artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. *Protección de datos de carácter personal*.

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente y en el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ofreciendo desde este punto una voluntad crítica, y desarrollando en esta esfera y ante el vértigo que pudiera suponer nuestra sociedad globalizada, una serie de preguntas y disquisiciones que puedan aportar a la colectividad, en sus respuestas, ese compromiso de refuerzo de los derechos existentes. Se pretende tener muy presente la creciente preocupación e inquietud de la ciudadanía, si bien a veces inconsciente, promoviendo la protección en el entorno digital, donde subyace la regulación en el Reglamento 2016/679², y donde se garantizan derechos digitales de los ciudadanos conforme el mandato establecido en la Constitución. Se interesa un refuerzo tanto de los derechos como de una figura que

² Artículo 93 de la LOPDPGDD. *Derecho al olvido en búsquedas de internet.*

1. Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en internet.

Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo.

2. El ejercicio del derecho al que se refiere este artículo no impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho.

Artículo 94. *Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.*

1. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes.

2. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio.

Se exceptúan de lo dispuesto en este apartado los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas.

3. En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2.

nos ayude y facilite ese ejercicio de los mismos, que lleven a una defensa clara y uniforme de protección de las personas físicas, compartiendo aquí la argumentación del profesor Martínez Martínez (2007), donde establece que «aunque en principio las normas resultan claras y sencillas de aplicar y nuestro régimen sancionador es el más exigente de Europa, podría decirse que no existe en la sociedad española una adecuada cultura de protección de datos». Debemos ser conscientes de que sin un excesivo esfuerzo, cabe la posibilidad de acceder, por diversos sujetos públicos o privados, a información que utilizan y disponen en su beneficio, e incluso con posibilidad de causar notorios daños³. Asentados, pues, en esta nueva generación de derechos humanos, que sirve para complementar las anteriores fases, las libertades de signo individual y derechos económicos, sociales y culturales, nos ubicamos de hecho en «una sociedad donde la informática ha devenido el símbolo emblemático de nuestra cultura» (Pérez Luño, 1992, p. 155), en una fase y periodo donde se forja la tutela jurídica de los datos personales a partir de un constante ejercicio de ponderación de derechos y bienes, como contrastaremos, sin interferir u obstruir el desarrollo económico y social que puede exigir ese uso de datos, pero con el reto de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sobre todo en nuestro Estado de derecho, ausente de un poder totalitario⁴. Por ello debemos hacer uso de nuevas herramientas y de nuevas propuestas para abordar el estado de la cuestión. Ofrecer seguridad al ciudadano, sin aferrarse al pasado, para afrontar el presente, ni aportando, como mantiene el profesor Cobacho López (2019), «planteamientos de ciencia ficción desde un futuro que aún no conocemos» (p. 200). Se necesita, por tanto, que la sociedad y el individuo tomen conciencia, incluso y sobre todo, desde la infancia y adolescencia, de la importancia de los datos, y tomen conciencia de su protección, pues durante su existencia y vida el individuo puede verse afectado por el tratamiento de datos, por la información aportada o comunicada, forjando un futuro no deseable desde un pasado necesitado de suprimir. Existe, por tanto, el problema de educación de la ciudadanía, y en ese sentido es necesario proceder a la protección de la misma, al apoyo con herramientas que velen por los derechos, precocizando con la libertad, la justicia y la paz, y sirviéndonos, por tanto, del derecho al olvido como «herramienta»⁵ de borrado y anonimato de los datos del titular, evitando vulnerar la

³ Véase, al respecto, Murillo de la Cueva (2002).

⁴ En este sentido, «en una sociedad de seres vigilados y transparentes la posibilidad de cometer delitos a través de internet podría llegar a ser inexistente. Pero esa sería una situación propia del Estado totalitario llevado a sus últimas consecuencias: la negación total de la libertad individual. En un Estado de derecho siempre existirá la posibilidad, aunque sea indeseable, de una actuación delictiva» (Pérez Luño, 2009).

⁵ Sancho López (2016, p. 15) establece en mismo sentido: «Frente a este nuevo panorama, los conceptos jurídicos de intimidad o vida privada y sus mecanismos de protección tal y como los conocíamos se quedaron obsoletos, por lo que se han venido desarrollando nuevas construcciones jurídicas capaces de reforzar el control sobre nuestros datos personales y así hacer frente a estas nuevas amenazas que generan las nuevas herramientas informáticas.

En este escenario es donde se ha gestado el derecho al olvido que pretende ser un nuevo mecanismo de protección de nuestra privacidad concediendo a los usuarios de internet la posibilidad de suprimir los

dignidad e intimidad de las personas de forma perpetua en el tiempo. En este último vuelo sobre el planteamiento y articulación nos ubicaremos desde un ámbito y territorio competencial europeo, por la necesidad de acotamiento, por nuestra ubicación y ante el designio de utilidad, suscitando el acercamiento y análisis, de la figura del delegado de protección de datos, concluyendo tras su caracterización y aporte a la materia del derecho al olvido, con un postrimero detalle previo a la conclusión, de la existencia y producción de un daño, causalidad y fundamento de la consecuente indemnización.

2. Antecedentes. Evolución. Marco jurídico

2.1. Antecedentes. Evolución

Tal y como mencionamos en el planteamiento del presente trabajo y ciñéndonos al marco legal europeo, y posteriormente al nacional, significar que el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, es el primer instrumento internacional jurídicamente obligatorio que reguló específicamente esta materia en el seno de la comunidad internacional⁶, y decimos específicamente porque en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 se reconoce en el artículo 8⁷ el respeto de la vida privada, pero en el modo que se lleva a cabo en el Convenio núm. 108, el cual amplía la protección de los derechos fundamentales; posteriormente han sido numerosos los textos legislativos así como la jurisprudencia sobre

datos personales (como imágenes, textos, opiniones, documentos oficiales, certificados o cualquier otro que describa un comportamiento u acción pasada) de la lista de resultados servida por los motores de búsqueda o publicados en sitios web, redes sociales, blogs, etc. [...]. El derecho a olvido aspira a ser la respuesta jurídica al problema obligando, por ley, a borrar o hacer anónimos los datos personales una vez se ha logrado el objetivo de su tratamiento, concediendo al titular el derecho a oponerse justificadamente al mismo».

⁶ Para ahondar en la materia, véase Pavón Pérez (2001-2002, p. 237), donde recoge en su consideración introductoria detalle de la vasta literatura jurídico-comunitaria sobre la protección de datos personales en la Unión Europea.

⁷ Artículo 8. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

una materia que ha desbordado al legislador, pues la rapidez y celeridad de la evolución del mundo tecnológico, informático, le ha superado en numerosas ocasiones.

En este foro evolutivo, cabe resaltar la evolución de la informática, que se produce en el entorno del control de uso de la tecnología y en el impacto del tratamiento de la información personal; cada generación normativa, cada salto cualitativo y cuantitativo ha devenido por la evolución tecnológica y el desarrollo de la misma; pasamos del nacimiento y existencia de internet a una web donde no había interacción, transitando hacia una web 2.0 donde se produce esa interacción entre los usuarios, y seguimos avanzando hacia una dimensión desconocida, con el nacimiento del *big data*, inteligencia artificial, la geolocalización, en suma, una generación y producción de datos impensable hace 30 años, lo que ha producido la adaptación del derecho y sus actores al medio, entre ellos, el derecho al olvido; consecuencia del momento y de la confluencia e impacto de los buscadores, unido al incremento y capacidad de procesado en redes sociales, así como la exposición evidente del individuo y su entorno, veremos durante el trabajo y se mostrará que, sin buscadores, no se puede dar el derecho al olvido. Mencionar que nuestra Constitución es una de las primeras en introducir la protección de datos frente al uso de la informática, lo cual, teniendo en cuenta el transcurso de más de 40 años de su redacción, y los avances producidos durante este tiempo, así como la tecnología y medios existentes en 1978, la hacen en ese aspecto una pionera respecto al derecho fundamental a la protección de datos, el cual hubo de perfilarse por la jurisprudencia;

en concreto, la STC 94/1988 señaló que nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta forma, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención⁸.

En este marco, nos adentramos al concreto desarrollo en el ámbito europeo y en nuestro país, asumiendo que el derecho al olvido es una creación particularmente europea, y encuentra su contenido en el necesario equilibrio entre la libertad informática y el derecho a la identidad, y el cumplimiento de las distintas finalidades que se pueden llevar a cabo a través del tratamiento de datos, entre ellas, la finalidad de información (Taberner Martín, 2014), y sustentado por el regulador en un derecho de cancelación y oposición cualificado, alcanzando en nuestro siglo XXI la cota de derecho expresamente reconocido.

⁸ Sinopsis de la página de internet del propio Congreso de los Diputados, en la siguiente dirección: <<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>>.

2.2. Marco jurídico

2.2.1. Ámbito europeo

Debemos, en primer lugar, traer a colación la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, publicada en el Diario Oficial núm. L 281 de 23 de noviembre de 1995, p. 0031-0050. La meritada directiva ahonda en la consideración de un mayor vínculo entre las relaciones de los Estados miembros, con el fin de asegurar el progreso económico y social, entre otros, disponiendo en su objeto, y como primer referente e hito importante, hacia la normalización de la legislación europea en relación al tratamiento y protección de datos⁹; la directiva ha sido derogada y sustituida por 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 datos¹⁰, donde se dispone de un marco único en la Unión Europea, y donde expresamente en su artículo 17 se introduce el derecho al olvido, que será objeto de desarrollo y estudio en el presente.

2.2.2. Ámbito nacional

Es en nuestro país, con la promulgación de nuestra Carta Magna, donde se recoge en el capítulo II dedicado a los derechos y libertades, sección 1.ª, «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», su artículo 18¹¹, y concretamente se dispone en su

⁹ Véase el artículo 1 de la directiva (Objeto):

1. Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales.
2. Los Estados miembros no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1.

¹⁰ Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>>.

¹¹ Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

artículo 18.4 CE, que lejos de explicitar un singular derecho o libertad, formula un mandato al legislador notablemente abierto: establecer límites al uso de la informática con la finalidad de proteger y preservar el pleno ejercicio de determinados derechos fundamentales potencialmente en riesgo (honor e intimidad).

Y en este sentido autores mantienen que

habría que esperar al impulso de las normas europeas trascendentales (Convenio 108 del Consejo de Europa y Directiva 95/46) para que la arquitectura de un derecho fundamental autónomo a la protección de datos ofreciera unos perfiles dogmáticos suficientemente definidos (Rallo Lombarte, 2017, pp. 646-647).

Pues bien, cabe resaltar, tal como se evidencia de las palabras del catedrático y magistrado Murillo de la Cueva¹², y bajo la perspectiva que ofrece el transcurso de 20 años desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, la interpretación y descripción de la intención del legislador, el cual precisó el conjunto de facultades de autodeterminación personal, límites a la actuación de los poderes públicos, obligaciones de los sujetos privados, procedimientos e instituciones, que han acabado configurando y desarrollando el artículo 18.4 de la Constitución. En este hilo, resaltar también la aparición y creación de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)¹³, como analizaremos más adelante, haciendo una breve mención al nacimiento de diversas agencias autonómicas: Autoridad Catalana de Protección de Datos¹⁴, Agencia Vasca de Protección de Datos¹⁵ y el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía¹⁶.

Con posterioridad a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), vio la luz la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), dado que se procedía a la trasposición a nuestro ordenamiento de la anteriormente referen-

¹² Entrevista a Pablo Lucas Murillo de la Cueva (magistrado del Tribunal Supremo y catedrático de Derecho Constitucional) el día Europeo de Protección de Datos 2014, en web: <<https://www.apep.es/entrevista-pablo-lucas-murillo-de-la-cueva-dia-europeo-proteccion-de-datos-2014/?v=3b0903ff8db1>>.

¹³ Creada mediante la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal: Para asegurar la máxima eficacia de sus disposiciones, la ley encomienda el control de su aplicación a un órgano independiente, al que atribuye el estatuto de ente público en los términos del artículo 6.5 de la Ley general presupuestaria. A tal efecto la ley configura un órgano especializado, denominado Agencia de Protección de Datos, a cuyo frente sitúa un director. Por tanto, la Agencia Española de Protección de Datos, definida como la autoridad pública independiente encargada de velar por la privacidad y la protección de datos de los ciudadanos. <<https://www.aepd.es/es>>.

¹⁴ <<https://apdcat.gencat.cat/es/inici/>>

¹⁵ <<https://www.avpd.euskadi.eus/s04-5213/es/>>

¹⁶ <<https://www.ctpdandalucia.es/>>

ciada Directiva 95/46, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, procediendo en su disposición derogatoria única, a la derogación de la mencionada Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, siendo objeto de mención en este marco legal el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, reglamento que tenía por objeto el desarrollo de la LOPD. Tras varios años en vigor la LOPD, y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, y ante las resoluciones judiciales, y la aparición de normativa europea que trasponer a nuestro Estado, nos encontramos actualmente, en cuanto a normativa de plena aplicación, el 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

2.3. Jurisprudencia

Es cada vez más abundante la jurisprudencia al respecto del derecho al olvido, y se tratará durante el presente trabajo, haciendo mención solamente, dado que durante el trabajo se desarrollarán las diversas resoluciones judiciales, así como los informes y resoluciones de la AEPD, de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han trazado el camino en la materia, y en concreto la conocida y analizada sentencia caso Google contra la Agencia de Protección de Datos Española (C-131/12, 13-5-14) (STJUE de 13 de mayo de 2014, ECLI:EU:C:2014:317), marcando un hito en la historia de la jurisprudencia del TJUE en materia de derecho de protección de datos personales, esto es, un antes y un después, sentando las bases para resolver los casos que en relación con el derecho al olvido se planteen en los distintos Estados miembros (Álvarez Caro, 2015). Resaltaremos recientes resoluciones del TJUE donde se desmarca de la denominación de un derecho absoluto, de la imposibilidad en su declaración y establecimiento de territorialidad. En el ámbito nacional mencionar que el Tribunal Constitucional ha delimitado el derecho a la protección de datos personales como un derecho fundamental autónomo y distinto del derecho a la intimidad, cuya finalidad es garantizar a las personas un poder de disposición y control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino (SSTC 290/2000 y 292/2000), trayendo al objeto de estudio de nuestro trabajo la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en Sentencia de 13 de julio de 2017¹⁷ nos ilustra sobre el alcance e interrelaciones de varios derechos fundamentales, en concreto, el derecho al honor y a la propia imagen, el derecho a la información, el derecho al olvido y el derecho a la protección de datos personales.

¹⁷ STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2843, 2017).

3. Consideraciones preliminares del derecho al olvido

3.1. Derecho al olvido. Concepto y naturaleza jurídica

Actualmente el derecho al olvido se puede definir como la manifestación del derecho de supresión aplicado a los buscadores de internet, haciendo referencia al derecho a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa. En concreto, y en palabras de la propia AEPD, destaca y mantiene que incluye el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original sea legítima (en el caso de boletines oficiales o informaciones amparadas por las libertades de expresión o de información)¹⁸, por tanto se lleva a cabo en función de los principios de finalidad y consentimiento en el tratamiento y conservación de los datos.

Aquí resulta de obligado cumplimiento efectuar un paréntesis, con el fin de recordar la definición de datos, donde el propio Reglamento 2016/679 establece en su artículo 4 una relación de definiciones, y concretamente «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona, y por ende objetivo del mismo (artículo 1: El presente Reglamento establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos). No fue fácil consensuar una definición, pues vino precedida de cierto debate, ayudando al mismo el Grupo de Trabajo del artículo 29, en Dictamen 4/2007¹⁹ sobre el concepto de datos personales.

El Reglamento 2016/679 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), establece en su considerando 65 que

¹⁸ En este sentido, véase la página web de la AEPD: Última modificación, 29 de octubre de 2019, Derecho de supresión («al olvido»): buscadores de internet <<https://www.aepd.es/es/areas-de-actuacion/internet-y-redes-sociales/derecho-al-olvido>>, la cual hace referencia a la tan nombrada y analizada STJUE (Gran Sala) de 13 mayo de 2014 ECLI:EU:C:2014:317.

¹⁹ El meritado dictamen es accesible en el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_es.pdf>.

los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un «derecho al olvido» si la retención de tales datos infringe el Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento,

matizando en el mismo el referido derecho²⁰, para así posteriormente establecer en el artículo 17²¹ del texto el propio desarrollo normativo. Así pues, entre otros autores, se establece una definición más amplia, como el derecho a equivocarse y a volver a empezar, que se

²⁰ En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente reglamento. Este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño. Sin embargo, la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Leturia (2016): Producto de ello, el derecho al olvido presenta alcances y dinámicas muy diferentes según el país y la tradición jurídica que se observe. La comprensión de la libertad de expresión y del derecho a la privacidad en Estados Unidos y en Europa, por ejemplo, difiere lo suficiente como para augurar un mayor desarrollo del derecho al olvido en los países del viejo continente, lo que dará espacio para tensiones y conflictos permanentes, como los ya observados en el caso Google.

²¹ Artículo 17. *Derecho de supresión* («el derecho al olvido»).

1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernen, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;
- c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;
- d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;
- e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;
- f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

concretaría en las facultades de cancelación y oposición frente a tratamientos de datos personales divulgados vía internet que se producen sin el consentimiento del titular o sin otra causa legítima que justifique su difusión (Simón Castellano, 2012), incidiendo en su definición como «forma poética de referirse principalmente al derecho de cancelación, y eventualmente también al de oposición, en el marco del derecho fundamental de la protección de datos» (Simón Castellano, 2015, pp. 97-102), por lo que podría llevar a la conclusión de que no se trata de un derecho autónomo, pues queda expuesto como una manifestación de los derechos de cancelación u oposición en el entorno digital, si bien en esta conceptualización podríamos darle un carácter de garantía del individuo frente a diversos derechos que pueden verse vulnerados en caso de no formular y proyectar el derecho al olvido, como analizaremos, mencionando brevemente el alcance del derecho en los sistemas *common law* y del *civil law*²², siendo plausible el conflicto entre los derechos que protegen la vida privada, origen, como hemos mencionado, del derecho al olvido frente a la libertad informativa. Resulta por tanto interesante el debate doctrinal, con la consideración del derecho al olvido como extensión del derecho a la cancelación y oposición (ARCO en LOPD), por lo que no es un nuevo derecho; algún autor²³ entiende el derecho al olvido como dependiente de otros derechos,

2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:

- a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;
- b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;
- c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3;
- d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o
- e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

²² En estados civilistas, su configuración y su aplicación genera menos problemas, lo que favorece a su reconocimiento por sus agencias de protección de datos. En cambio, en los países que siguen la tradición jurídica del *common law*, al participar de una cultura en la que la difusión y el acceso a la información prima sobre las condenas penales, puede presentar ciertas dificultades reconocer la existencia de un derecho que hace prevalecer la protección de datos frente el derecho a informar (Cfr. Simón Castellano, 2013, pp. 453-454).

²³ Suárez Villegas, J. C. (2014). El derecho al olvido, base de tutela de la intimidad. *TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, referenciado en Mate Satué (2016, pp. 189).

como prolongación del derecho a la intimidad para controlar que ciertas circunstancias no se difundan perpetuamente por la red, ocasionando un perjuicio sin coste, resaltando autores que entienden ser un derecho dotado de autonomía propia, siendo una figura que triangula entre la protección de datos, la privacidad y la identidad, proponiendo una conceptualización nueva del derecho a ser olvidado, favor de su construcción teórica y aplicación concreta amparadas en el derecho a la identidad (Gomes de Andrade, 2012). Nuestro Tribunal Constitucional²⁴ mantiene que es una concreción de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, y una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo. En suma, nuestro Tribunal Constitucional declara que es un derecho a la supresión de los datos personales, existente ya por obra de la Directiva 95/46/CE, estrechamente vinculado con la salvaguardia del derecho fundamental a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y con la protección del artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Un derecho que en su regulación en el propio reglamento viene referenciado al derecho de supresión, no distinguiendo ni acotando el mismo, salvo en el considerando 65 anteriormente mencionado, así como en el siguiente, en clara distinción con el anterior, utilizando entre paréntesis el derecho al olvido en su artículo 17: Derecho de supresión («el derecho al olvido»), como si fueran sinónimos²⁵, recogiendo nuestro Tribunal Constitucional en la meritada sentencia anteriormente mencionada la autonomía del derecho, como analizaremos.

3.2. Categorización del derecho al olvido, posterior inclusión en el ordenamiento jurídico

Como hemos ido perfilando en anteriores numerales, y en íntima relación con el apartado anterior, el derecho al olvido se perfila como un derecho autónomo, un derecho que desde un punto de vista material es de reciente creación, incluido por el legislador en el reglamento y consecuentemente en nuestra legislación nacional, pues es en ese preciso ins-

²⁴ STC 58/2018, de 4 de junio de 2018, recurso de amparo 2096-2016. Promovido por D.F.C. y M.F.C., respecto de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en proceso por vulneración del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, entablado frente a Ediciones El País, SL. Vulneración de los derechos al honor, la intimidad y la protección de datos: ejercicio del denominado derecho al olvido respecto de datos veraces que figuran en una hemeroteca digital; prohibición de indexación de nombres y apellidos como medida limitativa de la libertad de información idónea. ECLI:ES:TC:2018:58.

²⁵ En este mismo sentido, Rallo Lombarte (2019, p. 146).

tante, al trasladarlo y rotularlo en el reglamento y en el título X de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD), donde en su título X, dedicado a la garantía de los derechos digitales, se refleja en los artículos 93 y 94 el derecho al olvido en búsquedas de internet²⁶, y el derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalente²⁷.

Por tanto, como derecho autónomo, debemos hacer la distinción con su homólogo de derecho de supresión, pues no toda eliminación de datos (supresión) es un ejercicio del dere-

²⁶ Artículo 93. *Derecho al olvido en búsquedas de internet.*

1. Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en internet.

Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo.

2. El ejercicio del derecho al que se refiere este artículo no impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho.

²⁷ Artículo 94. *Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.*

1. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes.

2. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio.

Se exceptúan de lo dispuesto en este apartado los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas.

3. En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurren las circunstancias mencionadas en el apartado 2.

cho al olvido, significando que tampoco nos encontramos con un derecho absoluto, puesto que en la colisión con otros derechos cabe, a modo de ejemplo, la prioridad de la libertad de expresión ante el derecho al olvido, o el derecho a la información pública en el momento que se deba producir la ponderación entre derechos, si a lugar su exigencia y elaboración²⁸. En relación con la categorización como derecho autónomo, cabe resaltar la Sentencia núm. 58/2018 del Tribunal Constitucional²⁹, referente en este campo, que recoge en su fundamento quinto la definición del derecho al olvido,

vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 de la Constitución, CE), y también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque [resalta] se trate de un derecho autónomo.

Resaltar por tanto la trascendencia del legislador en incidir en los artículos 93 y 94 de la ley orgánica, de la especialidad del derecho al olvido, lo cual, a juicio del que suscribe, es consecuencia de ofrecer un refuerzo y especialización del derecho, matizando y concretando la configuración del derecho al olvido, donde como caracterización del mismo mencionaremos su carácter de derecho subjetivo, puesto que es un derecho de titularidad individual, intrínseco a la persona, considerado como derecho fundamental, inserto dentro de la esfera del derecho fundamental a la protección de datos.

En este último aspecto reseñar la ubicación de los derechos fundamentales³⁰, título I de la Constitución, sometidos a reserva de ley orgánica, con la facultad de recabar la tutela de los tribunales ordinarios, así como la tutela en amparo del Tribunal Constitucional, donde ubicaríamos el artículo 18. Por último remarcar la transversalidad que algún autor (Murga Fernández, 2017, p. 184) ha reflejado en relación con el derecho al olvido, apoyando su caracterización como transversal en la amalgama de legislación y recopilación de normas referentes al derecho al olvido, que toca diferentes ámbitos y órdenes que se pueden dar y plantear al meritado derecho, habiendo sido por tanto expresamente recopilado en un «Código del derecho al olvido»³¹.

²⁸ En este mismo sentido resaltar a la profesora y autora Terwangne (2012, p. 15), resaltando que el «derecho al olvido» no tiene carácter absoluto, de modo que no siempre que solicite una petición de retirada de datos ha de ser admitida (Vázquez de Castro, 2019), e igualmente «el derecho al olvido, no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a límites, sobre todo en aquellas ocasiones en las que se produce colisión con otros derechos fundamentales» (Sancho López, 2019, p. 438).

²⁹ Véase nota 24.

³⁰ En este sentido resaltar lo previsto y prevenido en el artículo 81 de la CE, en relación con el artículo 53.

³¹ El Código de Derecho al Olvido, en Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, última modificación el pasado 6 de noviembre de 2019, acceso público en: <<https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=94&modo=2¬a=0>>.

4. Ejercicio del derecho. Mecanismos y tutela judicial efectiva

4.1. Ejercicio ante entidades privadas. Reguladores privados

En este ordinal, la LOPDPGDD dispone en sus artículos 12 y siguientes el ejercicio de los derechos, reconocidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 y la consecuencia del ejercicio del derecho al olvido, que ya hemos definido, en el ámbito de las entidades privadas, entendidas estas como páginas web o buscadores donde se están alojando e indexando los datos que el sujeto pretende eliminar; suele ser muy variopinto, pues así como las páginas web sí son tendentes a la eliminación de la información, en cuanto se remite una mera comunicación por el usuario, los buscadores, y nos centraremos en Google, por ser el mayor y más importante de ellos, no están por la labor de llevar a cabo el meritado derecho del sujeto. La propia AEPD lo recoge en su web: así como recogemos los datos de las numerosas peticiones³² llevadas a cabo, quizás el volumen y el gran número de ellas, lo sea por lo fácil de efectuarlas, o por la cantidad de información que genera esta aldea global, donde cada uno de nosotros nos podemos convertir del día a la noche en periodistas o generadores de artículos, blogs, comentaristas o, simplemente, acceder a las redes sociales y verter opiniones, con el beneplácito de la comunidad internacional, que a buen seguro seguirá a más de un líder de opinión (*influencer*) arrastrando y ampliando la deriva en la generación de datos de prácticamente imposible borrado y eliminación posterior. Por ello, las dificultades existentes en el momento que se pretenda llevar a cabo el ejercicio del derecho al olvido se reflejan igualmente en la desidia y falta de atención de las solicitudes del sujeto que se ha visto perjudicado, pues al parecer no existe visibilidad en el buscador, no existe transparencia en el mismo o incluso en las propias páginas web, las cuales algunas, pese a lo previsto en la legislación vigente, ni siquiera nombra la titularidad, ni información acerca de quién se encuentra detrás de nuestra pantalla de ordenador en ese mundo virtual, donde la comisión de cualquier acción ilícita es tan sumamente fácil, y tan difícil la persecución de los delitos, que lleva a ser una odisea la solicitud y petición del ejercicio del derecho al olvido, evidenciado tal hecho y exposición una clara consecuencia de utilización de otros medios más transparentes y ejecutivos, que puedan ver consumado nuestro derecho, y atendidas nuestras solicitudes³³. Resulta necesario efectuar en este

³² Noticia en *Actualidad Jurídica Aranzadi* (2019, núm. 953): «Google ha recibido un total de 249.359 peticiones sobre páginas de internet. Cabe destacar que, del total de peticiones, han sido 76.893 las que se han realizado desde España, lo que la sitúa en la quinta posición del ranking de países europeos que más reclamaciones han emitido a grandes buscadores como Google. A escala global, desde la sentencia de 2014 y hasta el pasado mayo Google ha recibido 802.259 solicitudes de ciudadanos europeos para la retirada de datos que afectaban a 3.146.435 URL, de las que ha suprimido 1.199.955 –el 44,5 % de las peticiones–. En total, el 88,6 % las habían iniciado particulares; mientras que el resto afectaban a menores de edad, empresas, políticos o personas públicas.»

³³ En este aspecto resulta esclarecedora la crítica efectuada por José Ignacio Castillo Cano, DPD, que lleva a cabo en la web site de la European Data Protection Board, Comité Europeo de Protección de

apartado el inciso y mención de la prevalencia de nuestro derecho, del derecho al olvido respecto al interés económico del buscador, argumentando en este numeral el derecho al olvido como respeto a la vida privada o protección de datos, que debe ser defendido, y se ve necesitado de una autoridad pública de control, pero nunca con la pretensión de proceder a eliminar a nuestro antojo la información que no nos guste o nos desagrade, donde no llegará el áurea y el halo de proyección del derecho y la tutela del mismo. Por último significar, en este ejercicio y tutela del derecho ante las entidades privadas, que la propia página web de la AEPD remite a los buscadores mayoritarios que tienen habilitados sus propios formularios³⁴ para ejercer el derecho, no teniendo o permitiendo un modelo oficial, de fácil manejo y disposición para los ciudadanos, o incluso proveyendo de una plataforma en la propia página de la agencia, donde remitir directamente las peticiones, con el fin de poder controlar, coordinar el número de peticiones y velar por los derechos de los ciudadanos, los cuales deben acudir a empresas privadas³⁵, las cuales son expertas en la eliminación de datos, dedicadas a la protección por ende de la privacidad de las personas. En suma, se provee al ámbito privado el ejercicio de la tutela de los derechos fundamentales de las personas, en un claro avasallamiento de la tutela judicial efectiva, sin ningún tipo de reglamentación en su llevanza, modelos, mandatos, seguimiento, únicamente su preceptividad de acudir al ente privado, el cual será incluso quien interprete si ha lugar o no al borrado y eliminación de los datos, quedando deshonestamente en sus manos, por tanto la tutela del derecho, lo que merece nuestra más absoluta crítica y desprecio ante la diferencia de fuerzas en los sujetos existentes, pese a, obviamente, dejar expedita la vía administrativa y judicial en momento posterior.

Datos, donde establece y menciona, entre otros: «La principal causa del aumento de quejas por parte de los ciudadanos en relación al "Derecho al Olvido" es la falta de transparencia que tanto buscadores como los editores de contenido o responsables de publicaciones muestran, tanto en los modelos de solicitud que ponen a disposición del afectado (a menudo, inexistentes) como la justificación que se da al ciudadano cuando el resultado de su solicitud es negativo. Las vías de solicitud del Derecho al Olvido: Falta de visibilidad; Falta de claridad; Espacio limitado para incorporar elementos de prueba; Espacio limitado para indicar aquellas URL sobre las que el interesado desea ejercer su derecho. En cuanto a los tiempos de respuesta, que habitualmente no llegan a las dos semanas, hace pensar que las solicitudes no son examinadas individualmente, lo que nos haría pensar que no hay un estudio del caso, si bien se emite un justificante de haber enviado la solicitud, no hay una certificación del contenido, lo cual crea incertidumbre en el interesado, que no llega a conocer de forma clara la información que ha facilitado y que ha quedado registrada, dadas las limitaciones antes identificadas». <https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/webform/public_consultation_reply/jose_ignacio_castillo_cano_comunicacion_publica.pdf>.

³⁴ Vease la página web de la AEAT: Los buscadores mayoritarios han habilitado sus propios formularios (Google, Bing o Yahoo) para recibir las peticiones de ejercicio de este derecho en este ámbito. Si la entidad no responde a la petición realizada o el ciudadano considera que la respuesta que recibe no es la adecuada, puede interponer una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. <<https://www.aepd.es/es/areas-de-actuacion/internet-y-redes-sociales/derecho-al-olvido>>.

³⁵ Algunos ejemplos de empresas dedicadas a la eliminación de datos son: ePrivacidad: <<https://www.eprivacidad.es/borrar-datos-de-internet/>>; Eliminalia: <<https://eliminalia.com/>>, o también <<https://borrame.es/>>, entre otras.

4.2. Ante la Agencia Española de Protección de Datos

En anterior numeral expusimos la regulación y nacimiento de la Agencia Española de Protección de Datos, en la LORTAD, 1992, configurada como ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, marcando el requisito y cualidad de independencia su devenir y naturaleza. En la materia que nos compete, destacar la labor de la agencia, resaltando, tal y como recoge en su revista, «25 años de la Agencia Española de Protección de Datos»³⁶, y en cuanto al «derecho al olvido», que la agencia fue la primera autoridad en considerar aplicable la tutela de los derechos de los usuarios de internet en España a multinacionales establecidas en terceros países. En este perímetro, y como hemos ilustrado en el punto anterior, y en desarrollo del artículo 51 del RGPD, la LOPDPGDD, concreta que la AEPD actuará de forma secundaria, tal y como se dispone: «Si la entidad no responde a la petición realizada o el ciudadano considera que la respuesta que recibe no es la adecuada, puede interponer una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos»; existe una especie de reclamación administrativa previa, obligatoria para actuar la AEPD, la cual, según su criterio y circunstancias de cada caso concreto, determinará llevar a cabo su actuación, obviamente susceptible la misma de recurso ante la jurisdicción pertinente.

Siendo el órgano que controla el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales, debe atender las reclamaciones, informar, promover campañas de difusión, así como dictar instrucciones y recomendaciones precisas, siendo abundante su publicación, tal y como se puede ver de forma pública en la propia web de la agencia (<<https://www.aepd.es/es>>), a la que remitimos en aras de la brevedad, siendo muy dinámica y de fácil manejo para cualquier ciudadano que pretende formular una denuncia, solicitar una información o conocer cualquier información práctica de interés. No obstante, objetar la remisión «con carácter general» de los afectados al prestador de servicios de internet, para en el supuesto de no ser atendidas, solicitar de nuevo la acción de la misma, crítica que ya efectuamos en el apartado anterior, no siendo una cuestión baladí la permisividad y la tutela de derechos fundamentales de una empresa privada.

4.3. Procedimientos ADR. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE

Resaltar el avance de los ADR (*alternative dispute resolution*) y, en este punto, la mediación como medio fomentado por la Unión Europea, en algunas recomendaciones³⁷, en

³⁶ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/25-aniversario-AEPD_0.pdf>.

³⁷ Recomendación N.º R (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros respecto de las medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales. Recomendación N.º (98) 1 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar.

aras de implantar otros procedimientos extrajudiciales alternativos, presentando en 2002 el Libro Verde³⁸ sobre modalidades alternativas, promulgando la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación, la cual fue tras-puesta a nuestro derecho interno mediante la aprobación y publicación en BOE de la Ley 5/2012, de 6 de julio, así como con posterioridad, y en relación con el ámbito de consumo, la Ley 7/2017, que incorpora la Directiva 2013/11/UE, creando por tanto el marco preciso para que los procedimientos y quejas y denuncias pudieran ventilarse fuera del ámbito administrativo-judicial; ha sido un gran hito, en aras de ganar mayor rapidez y premura tan necesaria y exigida, pese a entender que no son medios judiciales, puesto que una tutela judicial del derecho al olvido, y por tanto una resolución del conflicto que se genera en el ámbito «colapsado», donde podemos encontrarnos con reclamaciones efectuadas 3 o 4 años antes del borrado de la información; son, como decimos, inaceptables y hay que fomentar esa resolución extrajudicial, esa tutela que responda a la necesidad del adminis-trado, del ciudadano, en tiempo y forma. Es una gran oportunidad el aprovechamiento de medios alternativos, y concretamente la mediación, donde las partes darán ellas mismas una solución al conflicto, con la ayuda de un tercero, mediador; pensemos por un instante en la petición de borrado de una información que podría o no atentar contra la intimidad del sujeto; si las partes pudieran mediar, la solución no vendría impuesta y probablemente satisfaría a las dos partes, por ejemplo un borrado en un plazo pactado de tiempo, o posi-cionamiento en la tercera o cuarta hoja de búsqueda, o cualquier otra que, en igualdad de condiciones, ante la existencia del mediador, imparcial, supervise el proceso de tránsito y búsqueda de una solución satisfactoria, por lo que es de sumo interés que se potencie este ADR, incluyendo, como en algunos países de nuestro entorno, una mediación obligatoria.

4.4. Procedimientos judiciales

Una vez que hemos llevado a cabo la exposición anterior, afrontamos la tarea de describir y detallar los procedimientos judiciales que se pueden llevar a cabo para el ejercicio del derecho al olvido, su protección y defensa ante la vulneración del mismo, y por tanto exigencia de una tutela judicial efectiva, tal y como se recoge en nuestra Carta Magna. Para llevar a cabo el análisis debemos dividir en función de los órdenes o ámbitos en que podemos llevar a cabo la tutela, analizando en primer lugar el ámbito civil, donde se proclama la protección 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, teniendo el derecho al olvido enclave en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, como hemos visto, y por tanto se viene recogido expresamente en el artículo primero³⁹ de la meritada ley, que a su vez merecen

³⁸ Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 19.04.2002.COM (2002).

³⁹ Artículo primero. 1. El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

especial protección que brinda la renombrada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, LO-PDPGDD. En el orden penal, cabe instar la tutela en torno al título X, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y el título XI, Delitos contra el honor, en estipuladas acciones que pudieran llevarse a cabo por los sujetos responsables. Terminando por la defensa en el ámbito constitucional mediante el pertinente recurso de amparo, instando la previsión del artículo 53.2 de CE, recabando la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, dada la característica de derecho fundamental. Dentro de este abanico, algunos autores hablan de dificultad, ante la «pérdida de eficiencia» (Villaverde Menéndez, 2006, p. 353) en alcanzar la tutela judicial, y el que suscribe ya ha mencionado y propuesto alternativas, necesitando el cambio de mentalidad en la ciudadanía y en los partícipes, así como en los integrantes en el conflicto, con el fin de que se busque un medio, donde todos «ganen».

4.5. Sin dilación indebida

A pesar de tener una opinión contraria al uso de diversos mecanismos, o intentar el uso preferentemente de unos respecto de otros, como ya hemos argumentado, sí que es exigencia de esa «tutela judicial efectiva», y así se refleja en el propio texto legal (reglamento y ley), la exigencia de ausencia de dilación indebida, razonada ante la petición expresa en el propio reglamento, en el menor tiempo posible; exigencia que hacemos e instamos, si bien choca frontalmente cuando entramos en sede judicial, pues el «tiempo es otro». Se exige a los sujetos intervinientes la adopción de medidas sin dilación indebida, hecho que exonerará de responsabilidad (al encargado de tratamiento de los datos) si se constata haber llevado a cabo todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen los datos erróneos o inexactos. Aportando ese plus de protección en caso del ejercicio del derecho al olvido de redes sociales y servicios equivalentes (art. 94) respecto datos facilitados durante la minoría, apuntando en este sentido que debiera de haberse formulado este mecanismo igualmente para personas dependientes, o con discapacidad intelectual, y otros sectores más vulnerables y necesitados de mayor protección, que pudieran hacer un uso indebido de los medios tecnológicos sin tener pleno conocimiento del mismo, ni de los hechos y consecuencias llevadas a cabo. En este punto, debo mencionar la carencia de la legislación vigente en cuanto a su ámbito de vigencia, pues deseo y creo que debiera la tendencia internacional, dada la globalización y la inmensa densidad de datos que fluctúan por la red, en servidores, ordenadores, o medios tecnológicos ubicados en cualquier lugar del mundo, promover y destacar una producción en ese esfuerzo por los Estados, para velar por los derechos de sus administrados, y para custodiar los derechos fundamentales descritos, entre otros la dignidad de la persona; comparto el sentimiento europeísta, y el esfuerzo llevado a cabo, en aras de normalizar y unificar la legislación en las reformas producidas, con el fin de potenciar la defensa de los derechos, reforzando incluso y añadiendo algunos, tal como el derecho al olvido que nos ocupa este trabajo, pero añadiendo mi preocupación ante la

globalización. Comparto⁴⁰ la necesidad de promover un acuerdo internacional como en más de una ocasión se ha llevado a cabo por los Estados y demás miembros y sujetos de la comunidad internacional, en cuestiones que afectaban a la comunidad internacional, pues caería en saco roto esa actitud y necesidad proactiva de defensa de los derechos, y el argumento de llevar a cabo las medidas «sin dilación indebida» si únicamente se lleva a cabo una actuación acotada territorialmente. Cuando los datos se encuentran en otro territorio, susceptibles de vulnerar derechos fundamentales, es una tarea difícil, pero el reto es muy importante y debe abordarse; la diferencia de Estados y territorios así como de culturas es enorme, pero la existencia de organizaciones internacionales, tanto de nivel universal como regional, debe aglutinar y poder ayudar a aglutinar voluntades en este sentido, velando por los derechos de los ciudadanos, previniendo acciones, derivadas de la vulneración de los derechos fundamentales, el peso de las organizaciones, y sobre todo de la Naciones Unidas, como elemento indispensable y aglutinador de la voluntad de los pueblos, debe dirigir, como ha hecho la Unión Europea, a una política de refuerzo de defensa de los derechos fundamentales que pueden verse agredidos por la inacción del ejercicio del derecho al olvido, entre otros. Resaltar en este aspecto la resolución A/HRC/20/L.13 de 29 de junio de 2012 adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la promoción, protección y el disfrute de los derechos humanos en internet, reforzando y reconociendo la herramienta tecnológica, el derecho de acceso a las tecnologías de la información, el acceso a internet, como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo, y en ese sentido incluir el derecho a la libertad de expresión, en internet y en otras tecnologías, como instrumento para el desarrollo y para el ejercicio de los derechos humanos, objeto de protección y promoción en ese aspecto, en tanto debe prohibir el bloqueo de páginas y el acceso a redes sociales, con el fin del desarrollo y ejercicio de la libertad de expresión.

5. Excepciones al ejercicio del derecho

Recoge el considerando 65 del Reglamento (UE) 2016/679 que la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, y en ese sentido se traslada al articulado del mismo (art. 17.3 RGPD), y nuestra legislación nacional (art. 15 LOPDPGDD) remite al mismo. Dichas excepciones resultan del todo ne-

⁴⁰ En este mismo sentido Martínez López-Sáez (2018, p. 191), «donde establece la necesidad de un modelo uniforme y actualizado de protección de datos a nivel internacional, con el fin de asegurar una protección real y efectiva del derecho en la práctica».

cesarias, por la imposibilidad de la concesión de una carta en blanco para la supresión de datos, puesto que podría retomarse la incorrecta idea, de la cual huye el derecho al olvido, de cambiar a nuestro antojo el pasado. Por ello el legislador evoca y plasma la voluntad de intereses superiores al propio derecho que pretende proteger, en toda una suerte de preferencia y ponderación, que deberá ser, posteriormente, objeto de valoración por los diversos sujetos participantes, y obligados a llevar a cabo la retirada y supresión de los datos que sean objeto de la petición. Analizaremos esta ponderación, y al parecer el nivel jerárquico que establece y desplaza la simple petición sin fundamento, o rigor, de la necesidad de la salvaguarda del interés general, añadiendo el precepto incluso una mención a la salud de la población, y obviamente individual.

5.1. Derecho a la libertad de expresión e información

Como primer bache, o escollo para la aplicación del artículo 17.1 y 2 del Reglamento (UE) 2016/679, recoge el legislador el derecho a la libertad de expresión e información. Ampliaremos la aplicación y desarrollo en el numeral relativo a la ponderación de derechos, si bien es necesario reforzar estos derechos «de la comunicación» en este aspecto, como elementos fundamentales de sociedades democráticas. En el artículo 20 de nuestra Carta Magna la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor, mientras que el derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos, o tal vez, más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables (STC 61/1988). Evidentemente expresión e información con frecuencia no se dan separados, sino, por el contrario, unidos, puesto que con las noticias es frecuente intercalar opiniones propias del informador. De esta forma se considerará que nos enfrentamos a una manifestación de la libertad de expresión o, por el contrario, de la de información, de acuerdo con el carácter predominante del mensaje (STC 160/2003, 9/2007, 29/2009). Y en esta vorágine tecnológica y mundo global, las opiniones y noticias son muy diversas y numerosas, así como de gran facilidad de acceso y confección, y en la gran mayoría, esas informaciones y opiniones vienen amparadas por un anonimato, el cual es preciso evitar y prohibir ante la vulneración de derechos, pues esa libertad de expresión e información con demasiada frecuencia entra en colisión con los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, siendo necesitada la ponderación⁴¹ en su caso, como veremos. Proponiendo en este aspecto, como

⁴¹ Será motivo de más amplio estudio y desarrollo, si bien, con el fin únicamente de avanzar en esta colisión, y siguiendo el desarrollo de la propia página del congreso, en comentario al articulado, que por analogía se alcanzan en el presente, su sinopsis detalla que: En caso de conflicto deberá llevarse a cabo la correspondiente ponderación de bienes, teniendo que analizar cada una de las circunstancias concurrentes, de forma tal que cada caso necesitará de un examen particularizado sin que quepa la aplicación automática de reglas generales. No obstante, existen unas pautas, puestas de relieve en especial por la jurisprudencia, que será necesario tener presentes a la hora de analizar cualquier conflicto entre los derechos del artículo

garantía previa a la excepción, un registro previo en diversas redes sociales con remisión de documento oficial que acredite la identificación, en evitación del deseado anonimato que lleva a efectuar conductas que de otro modo nunca se llevarían a cabo. El desafío respecto a la protección y tutela del derecho al olvido será llevar a cabo esa protección, si bien sin interferir, o evitar la interferencia con el derecho individual y colectivo a la libre expresión (Zárate Rojas, 2013, p. 9). Constituye un desafío no entregarse a proteger el derecho individual al olvido, sino llevar a cabo la protección de forma que el derecho individual que se trata de proteger no afecte al derecho, tanto colectivo como individual, a la libre expresión.

5.2. Obligación legal

El presente precepto con la reseña y referencia, de no ejercer el derecho al olvido ante una obligación legal, resulta insignificante y desprovisto de fundamento, en cuanto la mera remisión a una obligación legal es una carta blanca para impedir sin mayor criterio ni razonamiento el ejercicio del derecho. Entendemos que debiera delimitarse y acotarse más la manifestación de obligación legal, y no permitir que, a modo de ejemplo, una ley de rango inferior pudiera entrar en colisión, o intervenir en la realización del propio derecho, pues la mera manifestación de obligación legal abre el abanico para que cualquier norma pueda impedir, pueda ser la excepción, al ejercicio del derecho al olvido. Entendemos que en este ámbito no podríamos ni deberíamos vulnerar lo previsto en nuestra Carta Magna. En este aspecto, podríamos llegar a vulnerar el derecho fundamental que se pretende proteger, el cual garantiza, como hemos dicho, otros derechos, pues la negativa al ejercicio del

18.1 y los del artículo 20: a) En ningún caso resultará admisible el insulto o las calificaciones claramente difamatorias (SSTC 204/2001, de 15 de octubre; 20/2002, de 28 de enero; STC 181/2006; STC 9/2007); b) El cargo u ocupación de la persona afectada será un factor a analizar, teniendo en cuenta que los cargos públicos o las personas que por su profesión se ven expuestas al público tendrán que soportar un grado mayor de crítica o de afectación a su intimidad que las personas que no cuenten con esa exposición al público (STC 101/2003, de 2 de junio); c) Las expresiones o informaciones habrán de contrastarse con los usos sociales, de forma tal que, por ejemplo, expresiones en el pasado consideradas injuriosas pueden haber perdido ese carácter o determinadas informaciones que antes pudieran haberse considerado atentatorias del honor o la intimidad ahora resultan inocuas; d) No se desvelarán innecesariamente aspectos de la vida privada o de la intimidad que no resulten relevantes para la información (STC 185/2002, de 14 de octubre; 127/2003, de 30 de junio). Sin embargo, más allá de estos aspectos de carácter subjetivo, el Tribunal Constitucional ha destacado el carácter prevalente o preferente de la libertad de información por su capacidad para formar una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 21/2000, de 31 de enero; SSTC 9 y 235/2007). No obstante es necesario tener presente que esa prevalencia no juega de forma automática, sino solo en supuestos en los que no concurren otros factores, como pueda ser la presunción de inocencia (STC 219/1992, de 3 de diciembre), en los que la ponderación lleve a primar intimidad, honor o propia imagen sobre las libertades de expresión o, en particular, de información (STC, por solo citar una, 158/2003, de 15 de septiembre). Habiendo numerosa jurisprudencia al respecto, detallando en este numeral la siguiente: <<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=20&tipo=2>> para su consulta pública.

mismo podría llevar a engrandecer y manchar nuestro pasado, que no podríamos eliminar, vulnerando con ello por ejemplo el derecho al trabajo, el cual se nos vería vetado, en tanto tuviéramos siempre presentes nuestros antecedentes penales, hecho que afectaría directamente a nuestra reputación, vetando por tanto el ejercicio de otros derechos. Dada pues la estigmatización que produciría esa mancha, o bache que pudiera producir o incluso sin ni siquiera haberse producido, simplemente habiéndose dictado una sentencia absolutoria en un procedimiento de tráfico de drogas, o de agresión sexual, o de violencia de género, que pudiera verse plasmado con intensidad un rechazo social sin fundamento. Fruto de ello son las políticas de anonimización llevadas a cabo por el Centro de Documentación Judicial⁴² en sus publicaciones, así como las resoluciones de la AEPD. Corolario de lo expuesto es lo previsto en nuestra Carta Magna, artículo 120, en relación con la publicidad, así como mencionar, tal y como se establece en el fundamento 7 de la STC 114/2006, de 5 de abril de 2006⁴³, la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de las resoluciones jurisdiccionales del mencionado tribunal que incorporan doctrina constitucional; sin embargo, no es de carácter absoluto y cabe ser excepcionada en determinados supuestos, y como cualquier otra exigencia constitucional, dicho principio puede resultar limitado por la eventual prevalencia de otros derechos fundamentales y garantías constitucionales con los que entre en conflicto, y que debe ser ponderada en cada caso.

5.3. De interés público en el ámbito de la salud pública

Resulta este punto de plena actualidad; mientras se escriben estas líneas, nos encontramos en una declaración de estado de alarma en el país, por la pandemia producida por la COVID-19, el cual nos lleva a reforzar como excepción al ejercicio del derecho al olvido la situación generada, y el interés en cuestión a proteger. Se han producido diversas preguntas en relación con la protección de datos en la actual circunstancia, así como diversos debates en relación con el tratamiento de datos de pacientes, incluso datos consistentes en la geolocalización de los mismos, con la aplicación y descarga de aplicaciones que pudieran localizar al paciente, a los pacientes, con el fin de ayudar y poder erradicar esta pandemia. Se produce un debate respecto la colisión de varios derechos, con voces críticas sobre la forma de proceder, si una continuidad de la negación al tratamiento o una apertura, dado que existen herramientas legales para llevar a cabo la posibilidad de tratar los datos personales de salud. En este aspecto, la AEPD, ante la importancia del tema y gravedad de la situación, ha emitido un informe⁴⁴, N/REF: 0017/2020, en relación con los tratamientos de

⁴² CENDOJ: Órgano Técnico del CGPJ que se encarga de la publicidad de la jurisprudencia, así como de las competencias en el ámbito de la documentación y de los servicios de gestión del conocimiento. <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Centro-de-Documentacion-Judicial--CENDOJ-/>>.

⁴³ <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2006-8144>.

⁴⁴ Se puede consultar el referido informe de la AEPD en el siguiente enlace: <<https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>>.

datos resultantes de la situación derivada de la extensión de la covid-19, aclarando la plena aplicación íntegra de la normativa de protección de datos personales en la actual situación, dado que se recoge en la misma (considerando 46) situaciones excepcionales, que incluso se recogen en su articulado, y aplicado al derecho al olvido, la excepción de su ejercicio, resaltando que en el exclusivo ámbito de la normativa de protección de datos personales, la aplicación de la normativa de protección de datos personales permitiría adoptar al responsable del tratamiento aquellas decisiones que sean necesarias para salvaguardar los intereses vitales de las personas físicas, el cumplimiento de obligaciones legales o la salvaguarda de intereses esenciales en el ámbito de la salud pública, dentro de lo establecido por la normativa aplicable⁴⁵. En suma, y en palabras del profesor Martínez Martínez (2020),

la limitación del derecho fundamental a la protección de datos para el tratamiento de datos personales, de datos de salud y de datos de localización con fines epidemiológicos encontraría su fundamento en la protección de intereses vitales del interesado o de otra persona física (art. 6.2 c) RGPD, en un deber de colaboración de las operadoras basado en la seguridad pública, y en la competencia de las autoridades al amparo del artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública para «adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos».

Todo ello con el fin de aunar esfuerzos para combatir y revertir la situación que actualmente se está viviendo en todo el mundo, pues a nadie escapa que los efectos de la globalización y de la interconexión derivan en mayores oportunidades y conocimientos, pero a su vez en mayores riesgos. Inseguridad que se alcanza en el estado de la cuestión cuando el tratamiento, o más bien la excepción al tratamiento de los datos no tiene un límite temporal, pudiendo perseguir toda la vida al afectado, al paciente, que ha facilitado o del cual se han obtenido sus datos personales de salud para su tratamiento.

5.4. Archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos

En cuanto a la excepción al ejercicio del derecho al olvido con el archivo en interés público, el precepto legal es sumamente parco en este sentido, pues a mi parecer debiera delimitar y extremar las situaciones en que pudiera darse el tratamiento de datos, no dejando en manos

⁴⁵ Dispone el informe de la AEPD que en materia de riesgo de transmisión de enfermedades, epidemia, crisis sanitarias etc., la normativa aplicable ha otorgado «a las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas» (art. 1 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril) las competencias para adoptar las medidas necesarias previstas en dichas leyes cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad».

de la empresa privada esa inicial valoración, debiendo realizar la mención de las razones de interés público, no debiendo dar lugar a que terceros, como empresarios, compañías de seguros o entidades bancarias, traten datos personales con otros fines, tal y como se recoge en la excepción e informe dedicado a la salud pública, siendo aplicable, por analogía al actual apartado, las valoraciones que se mencionan. Igualmente cabe resaltar el informe⁴⁶ elaborado por el gabinete jurídico de la AEPD respecto a la aplicación del derecho de publicación de una obra monográfica histórica en la que se incluían nombres, apellidos y otros datos personales de jueces, magistrados, médicos forenses y otros funcionarios presentes en diversas causas judiciales, que en aplicación de la normativa penal vigente en la época se siguieron durante el franquismo contra diversas personas bajo la acusación de homosexualidad. Resulta de especial importancia el meritado informe, ante la consulta que se genera por parte de un informe del propio delegado de protección de datos del Ministerio de Justicia, pormenorizando en la jurisprudencia aplicable y relacionada a hechos históricos que presentan relevancia pública, así como ahondando en las circunstancias específicas de los funcionarios, y sobre todo de una investigación histórica, debate histórico, coligiendo que la libertad científica experimenta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, participando finalmente el gabinete que al tratarse de datos correspondientes a autoridades y funcionarios públicos relacionados con el ejercicio de sus funciones, que revisten un claro interés público, la publicación de dichos datos no es contraria a la normativa sobre protección de datos de carácter personal.

5.5. Para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones

En este espacio, como última excepción articulada efectuada para accionar el derecho al olvido, se dispone la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones, resaltando la incoherencia que puede presentarse en alguna ocasión, pues con base en la formulación y el legítimo ejercicio del derecho de promover esa supresión de información, puede darse el caso de que la petición y posterior reclamación y evolución del procedimiento sea un altavoz de los datos e información que estamos solicitando suprimir; sirva como ejemplo la famosa sentencia donde Mario Costeja insta su derecho, el ejercicio del derecho al olvido, que solicitó la supresión de una referencia a una subasta contra sus bienes por impago a la Seguridad Social y cuya petición ha dado lugar a la famosa Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el derecho al olvido y los motores de búsqueda de internet, y que ha conllevado la difusión de su nombre y caso, por la importante repercusión que ha tenido en todos los países pertenecientes a la Unión Europea y ha tenido la resolución judicial del tribunal⁴⁷. En un aspecto puede haberle dado cierto renombre profesional,

⁴⁶ Informe 2019-0044, N/REF: 012007/2019, de fecha 18 de marzo de 2019, disponible en: <https://www.aepd.es/es/informes-y-resoluciones/informes-juridicos?search_api_fulltext=derecho+al+olvido>.

⁴⁷ En este mismo sentido, adjunto noticia publicada, donde recoge incluso la desestimación de la petición llevada a cabo por un asesor fiscal, concretamente (10 de abril de 2018): «El Supremo inadmite recurso

público, pero en otro orden se ha hecho público la existencia de la deuda, los embargos y demás circunstancias que habitualmente queremos que no se sepan o se olviden rápidamente, y mucho menos que no sean públicas ni publicadas. En efecto, en esa circunstancia se establece una excepción al ejercicio del derecho, cuando es necesario el tratamiento de los datos personales para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, pues vulneraría asimismo y perjudicaría en este ámbito el derecho de defensa, si no se pudiera acudir a la fuente generadora de la reclamación, así como no se pudiera acceder, por entender que se limita el ejercicio de defensa a cierta prueba, que aun siendo lícita y conocida por las partes, pues incluso existente en las bases del buscador o página, no se puede aportar, o no se pueda poner a disposición de la Administración de Justicia, o incluso de la agencia de protección de datos, que instruirá, analizará, juzgará, sancionará o simplemente conocerá el procedimiento.

6. Mecanismos de ponderación. Carácter de garantía del derecho al olvido. Respeto de los derechos y libertades fundamentales

El desarrollo deductivo del presente merece una continuación de los mecanismos de ponderación, no sin antes incidir en el carácter de garantía, como ya hemos descrito, del derecho al olvido, pues cabe resaltar que para llevar a cabo, para accionar los derechos de la persona, entendidos desde el derecho al honor, el derecho de información, el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos, la garantía se ve ampliada, por el derecho al olvido, que impide, que acciona, esa barrera para que no se vean vulnerados y por ende sean protegidos, garantizados los derechos; una protección que se vislumbra en la dignidad de la persona, que se vería herida, afectada, en tanto existiera información inveraz, falsa, que se perpetuara en el tiempo y el espacio cibernético sin la posibilidad del pleno ejercicio de los derechos, el cual vendrá asegurado en tanto se generen una serie de garantías que los aseguren, pues no sería lo mismo si ubicáramos el derecho al olvido en otro marco que no fuera la Constitución, norma suprema y supremacía de los derechos fundamentales, como también podemos asegurar que no recibiría el mismo tratamiento si no pudiera acudirse en cuanto a la tipicidad de garantía genéricas, de fiscalización; y en este ámbito interesa resaltar el principio *favor libertatis*, implicando la interpretación más favorable al derecho, el cual se integra, como hemos manifestado, en nuestro texto constitucional, de eficacia y aplicación sin ambages, directamente por todos los operadores, y

pro «derecho al olvido» de un asesor fiscal que figuraba en lista Falciani: El Tribunal Supremo ha hecho pública una sentencia donde respalda la sentencia de la Audiencia Provincial y desestima el recurso interpuesto por el asesor fiscal Joan Antón Sánchez Carreté, que demandaba a Google Spain por indexar la sanción que le impuso la Hacienda Pública por un delito cometido en los noventa. El Supremo considera que, al ser un personaje público, no está amparado por el derecho al olvido».

con el refuerzo de existir órganos y mecanismos que reaccionan a la inaplicación y vulneración del mismo, como a desarrollar la existencia de órganos no jurisdiccionales, como el defensor del pueblo, la agencia de protección de datos, o los propios delegados de protección de datos como enlace.

En nuestro texto constitucional, el tratamiento de la información personal encuentra su acomodo en el artículo 18, que abarca múltiples manifestaciones posibles de la vida privada y de la personalidad, en esta línea –la intimidad personal, el honor, la imagen, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones–, y son dotadas de relevancia constitucional, siendo de suma importancia la garantía que se establece, establecida en función del puesto, del lugar constitucional del precepto que sirve de fundamento.

6.1. Ponderación de derechos. Principio de proporcionalidad. Técnica de la ponderación y aplicación del principio de proporcionalidad

La labor de ponderación de intereses tiene claras semejanzas con la labor que tienen que hacer los medios de comunicación todos los días para valorar si una información es o no noticia y si está amparada por el derecho a la información y tiene interés público, y por tanto debe ser publicada; deber bastante exigente así como de máxima responsabilidad, pues es otra persona la que valorará nuestra conducta, cuantificará y decidirá, sobre la misma, si debe o no debe continuar apareciendo o existiendo en la aldea global. En este sentido y ante la aparición de nuevos derechos, derechos digitales, creemos necesaria la actualización de la Constitución a esta nueva era digital; pensemos por un momento en el período de redacción de la misma, hace más de 40 años, y pensemos en la tecnología y avances técnicos e informáticos en aquel tiempo; el cambio, previsión y visión de la época actual era impensable, por ello la necesidad de cambio y de armonización y no únicamente un detalle y propuesta en negativo de los derechos y protección de datos, como se plasmó en su momento en la Carta Magna. Ha habido que llevar a cabo por parte de la doctrina y jurisprudencia esa modificación, que debiera recoger la Constitución y reconocer mediante las modificaciones y creaciones legislativas la actualidad, las necesidades actuales de garantías de derechos ante la continua e imperiosa generación de tecnología, contenidos, conexiones y nuevas situaciones y circunstancias, derechos de conexión a la red, testamento digital, portabilidad, derecho al olvido y un gran etcétera, necesitados de regulación, así como de un procedimiento de tutela del derecho, y una ponderación de derechos en liza, añadiendo a la obra existente y trayendo a colación la reciente sentencia del TJUE, (ST Google France C507/17):

Una autoridad de control o judicial de un Estado miembro sigue siendo competente para realizar, de conformidad con los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales [...], una ponderación entre por un lado, los de-

rechos del interesado al respeto de su vida privada y a la protección de los datos personales que le conciernan y por otro lado, el derecho a la libertad de información y, al término de esta ponderación, exigir, en su caso, al gestor del motor de búsqueda que proceda a retirar los enlaces de todas las versiones de dicho motor.

Cabe resaltar, en la labor de ponderación del tribunal, la reciente sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, donde se da continuidad a la defensa de los derechos del interesado a que la información relativa al mismo ya no se encuentre vinculada a su nombre, con una particularidad de ser un procedimiento penal, si bien reforzando los señalamientos, como imprimen la STS de 15 octubre de 2015 (rec. núm. 545/2015) y la STS de 5 abril de 2016 (rec. núm. 362972014):

El llamado «derecho al olvido digital», que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de internet las informaciones negativas, «posicionando» a su antojo los resultados de las búsquedas en internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país.

El resultado de la ponderación puede ser diferente según estemos ante un tratamiento realizado por un gestor de un motor de búsqueda o por el editor de la página web, ya que los intereses legítimos que justifican ese tratamiento pueden ser distintos y las consecuencias sobre el interesado pueden no ser las mismas: la inclusión en la lista de resultados puede constituir una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto a la vida privada del interesado que la publicación por el editor de esta página web (apartados 86 y 87).

En el caso resuelto la audiencia, tras la ponderación entre el derecho a la protección de datos personales y la libertad de expresión e información, entiende que prima la última, y dada la absolución del acusado, el tiempo transcurrido, el papel del acusado en la vida pública, sentencia debiendo ocupar esta noticia el primer lugar de la lista del buscador al reflejar el resultado del procedimiento, de abusos sexuales que se juzgó, modulando por tanto las consecuencias derivadas y la protección del derecho regulado en el artículo 18.4 de nuestra Carta Magna. En suma, acometer los conflictos que se derivan al colisionar los derechos, según se producen, llevando a cabo mediante acciones tecnológicas la defensa y garantía de la información, del Estado democrático y sociedad plural y libre, protegiendo incluso los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales, pues la tecnología lo permite (a modo de ejemplo, no indexación pero permanencia en la biblioteca o

hemeroteca digital), y fundamento de todo ello, así como ideal a proteger, lo es nuestro sistema, reforzando la idea de nuestro Tribunal Constitucional, que impulsa la comunicación pública libre, pues sin esta comunicación pública, sin esa libertad de prensa, libertad de expresión, quedará y se vaciarán de contenido real otros derechos que vienen consagrados en nuestra Carta Magna, derechos fundamentales del orden constitucional español, anidando y estableciendo en este sentido la libertad de expresión en una «posición preferente y objeto de especial protección». Resulta en efecto muy acertada la valoración y empoderamiento de nuestro sistema democrático, que se basa en el principio de la dignidad de la persona, que consagra la libre iniciativa económica privada, la cual muchas veces se olvida, empoderando únicamente el ámbito público, como base de sustento de los derechos; no obstante debemos exigir esa conciliación entre los diferentes intereses, como parte de la evolución económica y del estado social y económico, pues en efecto incluso la negación del derecho al olvido «podría afectar a la dignidad de la persona», en cuanto derecho que sirve de fundamento del orden político y de la paz social, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de nuestra Carta Magna.

6.2. Conflictos del derecho al olvido

6.2.1. Ponderación del derecho a la información y del derecho al olvido

En el análisis que llevamos efectuando, chocamos en el momento de la controversia entre derechos, y más concretamente entre el derecho de información y el derecho al olvido. Significar que en este aspecto son numerosas las sentencias que abordan la materia, ante lo numeroso de las reclamaciones en este tema, pues el afectado formaliza la reclamación, petición al motor de búsqueda, en su gran mayoría, y este alega la preferencia y prioridad del derecho a la información, tal y como establece la jurisprudencia, si bien basada en un factor importante, cual es el tiempo y la veracidad de la misma. El derecho al olvido debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación; estamos primando el interés público, ponderando su primacía respecto al derecho individual del afectado, el cual obviamente, y como se ha expuesto, no puede modificar a su antojo, modificando o convirtiendo o incluso reconvirtiendo a su medida el pasado. Corolario de la anterior exposición lo es la Sentencia Google Spain, de fecha 13 de mayo de 2014. Sucesivas resoluciones han aparecido con posterioridad en el mismo sentido, primando el interés público. Por ello, la libertad informativa que consagra nuestra Carta Magna en el artículo 20.1 d) al efectuar la ponderación, y contraste con la información obviamente veraz, consigue su ensalce en esta declaración en la doctrina y postura, siendo el detonante la actualidad, y la complacencia de la libertad de información, incluso en un asunto donde no aparecían los datos personales, pero se incluía la imagen como dato personal, pues no existen medios técnicos (por lo menos en el momento que estamos suscribiendo estas líneas, siendo conocedores de los avances producidos y que se están produciendo a gran velocidad), resuelto a favor de la hemerote-

ca digital y en contra del afectado, en Sentencia del Tribunal Supremo 426/2017, de 6 de julio (STS 2675/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2675), que trae causa de una demanda de tutela del derecho al honor y a la propia imagen, estableciendo en su fundamento quinto que no puede suponer el ejercicio del derecho al olvido una censura de las informaciones correctamente publicadas en su día, por ello se exige el principio de calidad y ampara al afectado, pero cuando haya transcurrido un periodo de tiempo suficiente y no tener interés histórico la vinculación de la información con sus datos, al ser desproporcionado el daño que causa el tratamiento de los datos personales, que los vincula a esa información tan dañina para su reputación o su vida privada respecto del interés público que tiene esa información, pasando un periodo considerable desde que se produjeran los hechos objeto de la información.

6.2.2. Derecho al honor, la intimidad y la protección de datos

Para abordar esta cuestión, significar que

el recuerdo constante y la difusión de hechos pasados, cuando estos no han sido nunca de interés público o con el paso del tiempo lo han perdido, puede afectar al honor, a la intimidad, a la propia imagen y al derecho a la protección de datos de las personas que allí se hayan visto involucradas.

Es cuantiosa la jurisprudencia al respecto, así como el ejercicio de ponderación que debe llevarse a cabo, resaltando las dificultades al deber y tener que aplicar, sobre todo por operadores privados, la aplicación del derecho al olvido, cuando entra en conflicto con otros derechos mencionados, léase derechos, intereses, libertades y, en suma, la dignidad del afectado. Cabe el análisis del caso concreto y cabe la ponderación basada en una proporcionalidad, aplicando y ofreciendo respuestas que, desgraciadamente, ante la rapidez en que fluye la información y la rapidez en que se puede llevar a cabo la transmisión de datos personales en el mundo virtual, en internet, no se pueden proporcionar otros mecanismos, pues el daño a la intimidad, al honor se da de forma inmediata, salvo que deba prevalecer la información en su condición. Resaltar en este sentido la STS de 20 de julio de 2011, recurso de casación 1089/2009, que establece la prevalencia del derecho a la información respecto al derecho al honor y la intimidad, al publicar los datos así como una fotografía del investigado del delito de malos tratos habituales a su pareja, declarando que la información era veraz y de interés público y general, recogiendo el criterio consolidado de doctrina, coincidente con el desarrollo llevado a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, protegiendo la libertad de información que entraña el reconocimiento y garantía de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático. Por tanto, sí ha habido injerencia, efectuando un análisis si hubiere base en alguna de las excepciones vistas con anterioridad, y posteriormente proporcionalidad en sentido estricto. Exigencia, pues, de un registro previo en diversas redes sociales con remisión de documento oficial que acredite la identificación, en evitación del deseado anonimato, que lleva a efectuar conductas que de otro modo nunca se llevarían a cabo.

Es por ello que en aras de ayudar y subsanar las deficiencias que puede acarrear la vulneración de derechos, deba exigirse mayor conocimiento a la autoridad, con el fin de poder aplicar la norma a la realidad existente, y tal y como recogíamos en numeral previo, ofrecer formación a los usuarios, que la «impaciencia y la avidez de información no sean como lo son hasta estos momentos actuales las características principales de la forma de comunicarse»; sería necesario y sería objeto de estudio en otro trabajo la exposición de los llamados *youtubers* o *influencers*, los cuales habitualmente se refieren con suma grandilocuencia a sus derechos, su derecho a la intimidad, cuando ellos mismos y hasta incluso en multitud de ocasiones los hijos e hijas menores de edad, grabados por sus padres, se dedican a efectuar reportajes y vídeos, muchas veces hasta en grabaciones de 24 horas, instaurando en cuanto al detalle de la titularidad el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los descritos, donde debe prevalecer el ejercicio legítimo de la libertad de expresión de un *youtuber*, de forma legítima, frente al derecho al olvido, como medio de difusión.

Son numerosos los estudios llevados a cabo, y el problema de vulneración de derechos y de derechos de los menores, cuya mayor protección deben merecer, va en aumento, no produciendo las medidas adoptadas hasta la fecha un descenso o reversión de la situación, pues cada vez la edad de conexión a internet, de acceso a las redes es más temprana, con el consecuente peligro y desprotección subyacente, mencionando en clara conexión con este riesgo de los menores, y tal y como sigue ratificando y resuelve el Tribunal Constitucional, entre otras, en fundamento jurídico séptimo, que quienes alcanzan cierta popularidad hacen una proyección pública de su vida privada, con lo que no tienen derecho a disfrutar de una parcela tan íntima de su vida privada como la tiene cualquier ciudadano, sirviendo por tanto de hándicap su medio y forma de actuar, en el momento que se pretende llevar a cabo y ejercer el derecho al olvido; por ello, como primera medida, educación cívica con el fin de preservar la intimidad.

7. Conclusiones

Debemos reconocer nuestras carencias, y debemos intentar no caer en los mismos errores; el tiempo y la experiencia nos deben servir para adelantarnos a los acontecimientos y solucionar o intentar ofrecer ese aporte de solución, antecediendo la llegada del verdadero problema. En el ámbito de la informática, de la tecnología, nos hemos visto sobrepasados por la rapidez en los avances de la misma, y hemos tenido que poner solución y parches a situaciones que nos desbordaban y ya habían generado el problema y, en consecuencia, perjudicado a buena parte de la ciudadanía. En este aspecto, debemos avanzar junto a la tecnología, y apoyarnos en la misma, implementar y poner en funcionamiento mecanismos para dar solución a los problemas que genera a muchos ciudadanos la existencia de datos en un mundo que no olvida y, sobre todo, en un mundo que tiene y posee una mayor capacidad de memoria que todos nosotros.

Debemos apoyarnos en la tecnología y facilitar herramientas para concienciar a la gente del riesgo en aportar, en conceder y dar carta blanca al tratamiento de datos personales,

enseñar y promover un espíritu crítico con el entorno, así como reglado en su conjunto, pues gran parte de la población, sobre todo menores y adolescentes, al haber nacido ya en un entorno digital y tenerlo como propio, no tienen conciencia de lo que se cede, se escribe y consta en internet; el aporte de datos personales puede perpetuarse y subsistir por mucho tiempo, siendo accesibles por todo el mundo y desde cualquier parte del globo, con el consecuente riesgo para los derechos de la persona.

En este ámbito, por tanto, cabe ayudarse de herramientas y de nuevas técnicas para que se pueda hacer efectivo el derecho al olvido, como por ejemplo la caducidad de los datos, la eliminación automática de datos sin que sea necesaria la acción del individuo, la exigencia de un registro previo en diversas redes sociales con remisión de documento oficial que acredite la identificación, en evitación del deseado anonimato que lleva a efectuar conductas que de otro modo nunca se llevarían a cabo.

En otro orden, no cabe conceder una carta blanca a los buscadores ante la inexistencia de criterios objetivos y reglados que permitan adoptar la medida de supresión de los datos, entiendo que dicha medida debe de ser reglada y anticipada por el legislador, y no por el desarrollo jurisprudencial que se pueda llevar a cabo *ex post*, cuando ya se ha producido la vulneración de los derechos, derechos fundamentales. Entre las herramientas o mecanismos que se proponen, estaría el empoderamiento de la agencia de protección de datos, así como de la figura del delegado de protección de datos, convirtiendo al delegado en un sujeto que pueda advertir de la vulneración, y proponer una rápida solución, junto con la AEPD, así como instancias mediadoras, que puedan dar lugar a la resolución de los conflictos que se generan en el tratamiento de los datos de las personas.

En este marco, no podemos instar dichos cambios sin una necesaria transformación, que igual que se produce en nuestro entorno social, global, tecnológico, debe producirse en nuestro texto constitucional; con más de 40 años, es tiempo suficiente para preparar una transformación y ampliación, con la inclusión material de los nuevos derechos que surgen y son necesitados de protección suprema, derechos digitales, o derechos medioambientales, entre otros; traer a colación el voto particular del magistrado del Tribunal Constitucional, donde en la STC de 30 de noviembre de 2001⁴⁸ ya subrayaba la inclusión de un catálogo inacabado en nuestro texto constitucional, que ha de ser completado, viéndose obligados los jueces a incorporar derechos que no figuran, resaltando el avance tecnológico y la tutela en otras constituciones, promoviendo por ello una mayor seguridad jurídica, en aras de la defensa de nuestra libertad.

Fomentar, asimismo, habida cuenta de la globalización, la competencia y territorio donde se mueve internet, y donde prácticamente no hay parte en el mundo que no abarque y alcance la red, los instrumentos de cooperación internacional, para llevar a cabo esa ponde-

⁴⁸ STC de 30 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TC:2000:290).

ración de derechos y atención de las quejas o propuestas de la vulneración de los derechos de los ciudadanos; en esta crítica, remarcar que la aplicación del derecho al olvido procederá su aplicación allá donde se aplique la norma europea, aplicación por tanto de manera local, facultando la búsqueda de la información que ha sido eliminada desde otros países donde no abarque su competencia, por lo que desde una perspectiva jurídico-constitucional, cabe resaltar e incidir en esa eliminación de fronteras físicas entre Estados, en esa rigidez exhaustiva. No se comprende, pues, cómo desde las Naciones Unidas se promueve y se reconoce el derecho a la conexión digital, el derecho a internet como un derecho fundamental, y no se protegen los derechos fundamentales, de la persona, igual que no se alcanza a entender en este ámbito el desarrollo del ámbito comercial, con la suscripción incluso en el Convenio de Singapur de medios de resolución de conflictos en materia comercial, el cual ha sido suscrito por varios países, y sin embargo no existe un medio de resolución alternativo de conflictos en una materia tan sensible como puede ser el derecho al honor, intimidad, derechos de la personalidad afectados por una mala utilización y tratamiento de los datos personales.

En suma, parece exigirse un necesario desarrollo de una cultura tecnológica responsable, implementando un nuevo paradigma constitucional, con apoyo de medios y herramientas, tanto tecnológicas, como la cancelación y caducidad de los datos de forma automática, como un apoyo a la misma por parte de las personas conocedoras y expertas, «juristas», como lo es el delegado de protección de datos, y las correspondientes agencias, incluso apoyadas por una agencia supranacional, que regule y establezca criterios objetivos, como se ha hecho en los diversos tratados internacionales y protocolos existentes, con el desarrollo de mecanismos no judiciales para la resolución de los conflictos, que pueda acarrear una mala gestión o uso de la información y datos existentes en la red.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Caro, M. (2015). *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Reus.
- Cobacho López, A. (2019). Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital. *Revista de Derecho Político*, 104.
- Fernández García-Armero, P. (2018). El derecho al olvido. *Cadernos de Dereito Actual*, 9.
- Gomes de Andrade, N. (2012). El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado. *Revista D'Internet, Dret i Política*, 13.
- Leturia, I. F. (2016). Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos? *Revista Chilena de Derecho*, 43(1).
- Martínez López-Sáez, M. (2018). *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch.
- Martínez Martínez, R. (2007). El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas. En III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 5.
- Martínez Martínez, R. (2020). Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública. *Diario La Ley*, 9604.
- Mate Satué, L. (2016). ¿Qué es realmente el derecho al olvido? *Revista de Derecho Civil*, (III)2.
- Murga Fernández, J. P. (2017). La protección de datos y los motores de búsqueda en internet: cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido. *Revista Derecho Civil*, 4.
- Murillo de la Cueva, P. L. (2002). El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales. *Azpilcueta: Cuadernos de Derecho*, 20, 43-58.
- Pavón Pérez, J. A. (2001-2002). La protección de datos personales en el Consejo de Europa: El protocolo adicional al Convenio 108 relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizo de datos personales. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, 19-20, 235-252.
- Pérez Luño, A. (1992). Del Habeas Corpus al Habeas Data. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 1.
- Pérez Luño, A. (2009). La protección de los datos personales del menor en internet. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá, 2.
- Rallo Lombarte, A. (2017). De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018). *Revista de Derecho Político*, 100.
- Rallo Lombarte, A. (2019). Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales. En *El Reglamento General de Protección de Datos. Un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*. Tirant lo Blanch.
- Sancho López, M. (2016). Consideraciones procesales del ejercicio del derecho al olvido: examen de jurisprudencia reciente y del nuevo marco legal. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 41.
- Sancho López, M. (2019). El derecho al olvido y el requisito de veracidad de la informa-

- ción. Comentario a la STS de España núm. 12/2019, de 11 de enero (ROJ/19/2019). *Revista Boliviana de Derecho*, 28.
- Simón Castellano, P. (2012). El derecho al olvido en el universo 2.0. *BID: Textos Universitaris de Biblioteconomía i Documentació*, 28. <http://dx.doi.org/10.1344/105.000001808>
- Simón Castellano, P. (2013). El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. En L. Corredoira y Alfonso y L. Cotino Hueso (Dir.), *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Simón Castellano, P. (2015). *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*. Bosch.
- Tabernero Martín, S. (2014). El derecho al olvido. En A. Batuecas Caletrío (Dir.). [Trabajo fin de grado]. Universidad de Salamanca.
- Terwangne, C. de. (2012). Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 13.
- Vázquez de Castro, L. M. (Dir.). (2019). *Internet y los derechos de la personalidad. La protección jurídica desde el punto de vista del Derecho Privado*. Tirant lo Blanch.
- Villaverde Menéndez, I. (2006). Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los Tribunales Constitucionales. *Revista Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 4.
- Zárate Rojas, S. (2013). La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa. *Revista Online Especializada en Derecho de la Comunicación*, 13.

Requisitos del plan de pagos en el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Enunciado

Ana fue declarada en concurso de acreedores necesario el 29 de mayo de 2016, justo antes de que hubiera presentado, como era su intención, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos. En el concurso, Ana solicitó la exoneración del pasivo insatisfecho, por el cauce del ordinal 5.º del artículo 178 bis.3 de la Ley concursal (LC), esto es, demorado en el tiempo (cinco años) y mediante un plan de pagos.

La propuesta en relación con el plan de pagos consistía en lo siguiente:

1. Que con referencia a los ingresos que en estos momentos percibe mi mandante, absolutamente irregulares y, mientras no devengan a mejor posición de ingresos, se obligan a destinar, al menos, la mitad de los percibidos durante cinco años a contar desde la firmeza de la resolución que conceda la exoneración provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables, en los términos de esfuerzo que señala el art. 178 bis.8 LC para el pago de los créditos no exonerados. Al finalizar el plazo establecido se ofrecerá la oportuna y justificada rendición de cuentas.

Uno de los acreedores, Caixabank, SA, se opuso, entre otras razones, porque la concursada no había satisfecho los umbrales mínimos de créditos concursales y contra la masa que necesariamente debía pagar, y porque el presentado no era propiamente un plan de pagos.

El juzgado mercantil desestimó la solicitud de exoneración porque

lo presentado no es un verdadero plan de pagos al que se refiere la ley, que mínimamente pueda dar satisfacción a los acreedores. Sin ingresos previstos ni pre-

visibles, y con tan solo un compromiso, de buena fe sin duda, de dedicar la parte realizable (sin contar lo inembargable) al pago, ello nos lleva indefectiblemente a desestimar la pretensión.

La sentencia fue recurrida por la concursada y la audiencia desestima el recurso con el siguiente razonamiento:

debemos interpretar la obligación de «aceptar someterse al plan de pagos» (art. 178 bis 3.5.º i), que desarrolla el apartado 6 del art. 178 bis LC, al añadir que el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos de las deudas no exoneradas en el plazo de 5 años siguientes que, en el plazo de 10 días, será aprobado por el juez del concurso, ya sea en los términos presentados o con las modificaciones que estime oportunas. La lógica de los términos empleados por la norma nos permite concluir que cuando el apartado 6 se refiere a una «propuesta» del deudor, lo que no impide que la misma sea posteriormente modificada por el juez del concurso; y, en cuanto al «plan de pagos», la falta de definición de este requisito nos obliga a excluir del mismo elementos no expresamente incluidos en la norma, pudiendo delimitarlo a aquel instrumento que prevé con detalle un calendario de pagos de una deuda (en este caso, la totalidad del pasivo no exonerado). No tendría, por tanto, que incluirse necesariamente en el plan para su aprobación la financiación o recursos necesarios para hacer frente a los plazos propuestos en el plan, de la misma manera que tampoco es exigido expresamente el ofrecimiento de garantías por el deudor en beneficio de sus acreedores.

Planteado en estos términos el debate jurídico, resulta que el documento presentado por el deudor apelante como plan de pagos carece de un verdadero calendario de pagos y, lo que resulta más curioso, concreta el plan en el cumplimiento de los mínimos legalmente previstos para, atendidas las circunstancias, provocar la exoneración definitiva del pasivo en supuestos de incumplimiento del plan de pagos aprobado. Esto es, se identifica el plan de pagos con la voluntad de destinar a la satisfacción de la deuda no exonerada, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante los cinco años posteriores a la concesión provisional del beneficio que no tengan la consideración de inembargables.

La controversia jurídica que se plantea no es otra que determinar si puede calificarse como un verdadero plan de pagos aquel en el que el deudor acoge los criterios y premisas contemplados en el apartado 8 del artículo 178 bis de la LC para resolver sobre la exoneración definitiva del pasivo en supuestos de incumplimiento del plan de pagos. Pues bien, hemos de convenir con el juez del concurso que lo presentado por la deudora junto con su solicitud de exoneración no es un verdadero plan de pagos, pues carece de un mínimo calendario de pagos, con fraccionamiento y fijación de plazos para atender el total del pasivo no exonerable. Además, más allá de las cuestiones formales, consideramos que la inclusión en la propuesta del plan de los elementos a valorar por el juez para el caso de incumplimiento del plan a los efectos de la exoneración definitiva supone una perversión del sistema

tal y como fue concebido por el legislador, pues aboca, irremediamente, a un ficticio cumplimiento del mal denominado plan de pagos, privando con ello al juez de la posibilidad de valorar las circunstancias concurrentes.

¿Cuáles serán los requisitos que nos puedan permitir la elaboración de un plan de pagos admisible?

Cuestiones planteadas:

- El plan de pagos para lograr el beneficio de exoneración de persona natural en concurso.
- Naturaleza del plan y requisitos de contenido.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

El sistema de exoneración previsto en el artículo 178 bis.3 de la LC, tal y como resulta de aplicación al caso, fue introducido por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero y confirmado con alguna modificación por la Ley 25/2015, de 28 de julio.

Como ya se señaló por el Tribunal Supremo en la Sentencia 381/2019, de 2 de julio (NCJ064148), «el art. 178 bis LC es una norma de difícil comprensión, que requiere de una interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación».

Para la concesión de este beneficio debe darse el presupuesto del apartado 1 (el concursado debe ser una persona natural y es necesario que se haya concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa) y han de cumplirse una serie de requisitos previstos en el apartado 3.

Estos requisitos han sido interpretados por la Sentencia 381/2019, de 2 de julio (NCJ064148):

Para que se pueda reconocer la exoneración del pasivo es necesario, en primer lugar que, con carácter general y al margen de la alternativa que se tome, el deudor cumpla con las exigencias contenidas en los ordinales 1.º, 2.º y 3.º del apartado 3 del art. 178 bis LC: el concurso no haya sido calificado culpable, el deudor concursado no haya sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales, y que se hubiera acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la apertura del concurso. Además, en función de la alternativa que se tome, la exoneración inmediata del ordinal 4.º o la exone-

ración en cinco años del ordinal 5.º, se han de cumplir otras exigencias propias de esa alternativa.

La ley permite optar por una exoneración inmediata, conforme al ordinal 4.º del artículo 178 bis.3 de la LC, o por una exoneración en cinco años y sujeta a un plan de pagos, conforme al ordinal 5.º del artículo 178 bis.3 de la LC. Cada una de estas vías conlleva el cumplimiento de unos requisitos propios.

Así como todos los requisitos propios de la exoneración inmediata se contienen en el propio ordinal 4.º del artículo 178.3 de la LC, en el caso de la exoneración demorada en el tiempo (5 años) y sujeta a un plan de pagos, sus requisitos se encuentran no solo en el ordinal 5.º del artículo 178 bis.3 de la LC, sino también en otros apartados del artículo 178 bis de la LC, lo que exige una labor de integración.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia 381/2019, de 2 de julio:

La regulación de los requisitos propios y el alcance de la exoneración en cinco años se contiene en el ordinal 5.º del apartado 3 del art. 178 bis LC, y en los apartados 5 y 6 del art. 178 bis LC. Su interpretación debe ser sistemática, pues ha de atemperarse con la otra alternativa, y ha de responder a la ratio del precepto.

De este modo, el primero de los requisitos previstos en el ordinal 5.º del artículo 178.3 de la LC, que «acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6», ha de integrarse con lo previsto en el reseñado apartado 6. El apartado 6, después de advertir que las deudas que no queden exoneradas por esta vía (conforme a lo regulado en el apartado 5 y a la interpretación dada por la sentencia 381/2019, de 2 de julio) deberán ser satisfechas dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, prescribe:

A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas.

En consecuencia, la concesión de la exoneración de deudas por esta vía precisa la aprobación del plan de pagos, que debe haber sido aportado previamente, ordinariamente con la solicitud, para que las partes puedan formular alegaciones en un plazo de 10 días. A la vista de esas alegaciones, el juez aprueba el plan de pagos concreto, que puede ser el mismo que se hubiera propuesto por el deudor o con las modificaciones que estime oportunas el propio juzgado a la vista de las alegaciones de las partes. De tal forma que la aprobación judicial de la exoneración provisional de deudas en cinco años se concede de acuerdo con un determinado plan de pagos.

Conforme a esta interpretación, la referencia contenida en el apartado 4 del artículo 178 bis de la LC de que la oposición «solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algu-

nos de los requisitos del apartado 3», alcanza a todos los requisitos propios de la exoneración en cinco años mediante un plan de pagos, incluido la presentación de una propuesta de plan de pagos. Esta interpretación se aprecia más clara a la vista de la redacción del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo: el artículo 495.1 de la TRLC prescribe que la propuesta de plan de pagos debe acompañar a la solicitud de exoneración; y el artículo 496 regula el trámite de alegaciones previas a la aprobación del plan de pagos.

Efectivamente, la ley no especifica en qué consiste un plan de pagos, pero la propia significación de los términos empleados, así como el contexto de la expresión y la finalidad de la institución permiten delimitar sus contornos. Desde el punto de vista gramatical, «plan de pagos» da idea de cómo se piensan satisfacer unas obligaciones. El contexto, una exoneración de deudas en cinco años, durante los cuales han de satisfacerse una serie de obligaciones no afectadas por la exoneración, muestra que este plan ha de explicar de qué forma se realizará el pago de estas obligaciones durante estos cinco años. Y la finalidad de la institución, que es facilitar la exoneración de deudas después de que el deudor haya hecho un esfuerzo real, durante cinco años, por pagar en la medida de lo posible todos los créditos que no deberían quedar afectados por la exoneración, con arreglo al apartado 5 del artículo 178 bis de la LC (tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia), explica que este plan tenga en cuenta los recursos con los que cuenta o puede contar el deudor, susceptibles de ser destinados al pago de los créditos, y cómo y en qué orden se irían pagando.

En relación con los recursos de los que podría disponer el deudor, el plan de pagos ha de partir de la situación actual y contemplar las expectativas de obtener ganancias. De acuerdo con esto ha de explicar con qué rendimientos podría realizar los pagos, qué créditos deberían ser satisfechos y por qué orden, así como una propuesta de pagos fraccionados.

Conviene recordar que en la Sentencia 381/2019, de 2 de julio, se declara lo siguiente sobre el alcance de la exoneración y la aprobación del plan de pagos:

En principio, la exoneración plena en cinco años (alternativa del ordinal 5.º) está supeditada, como en el caso de la exoneración inmediata (alternativa del ordinal 4.º), al pago de los créditos contra la masa y con privilegio general, aunque en este caso mediante un plan de pagos que permite un fraccionamiento y aplazamiento a lo largo de cinco años. Sin perjuicio de que en aquellos casos en que se advirtiera imposible el cumplimiento de este reembolso parcial, el juez podría reducirlo para acomodarlo de forma parcial a lo que objetivamente podría satisfacer el deudor durante ese plazo legal de cinco años, en atención a los activos y la renta embargable o disponible del deudor, y siempre respetando el interés equitativo de estos acreedores (contra la masa y con privilegio general), en atención a las normas concursales de preferencia entre ellos.

Para llevar a cabo esta acomodación, el juez necesita poder contrastar la propuesta de plan de pagos, con las alegaciones de las partes afectadas; y eso requiere una propuesta

real, en un doble sentido: real en cuanto existente, porque contenga un concreto ofrecimiento de pago; y real en cuanto realista, porque este ofrecimiento se base en la realidad de los recursos disponibles, y los que presumiblemente podrían conseguirse durante ese plazo de cinco años, así como de los créditos que deberían ser satisfechos. En nuestro caso, el que se pretende sea admitido como plan de pagos, que hemos transcrito en el resumen de antecedentes, carece de esta condición. Se trata de una simple declaración de intenciones y carece del contenido esencial de un plan de pagos.

No debe descartarse que el deudor concursado al tiempo de solicitar la exoneración del pasivo no disponga de activo alguno ni de rendimientos económicos con los que afrontar los pagos de los créditos contra la masa y los privilegiados durante el periodo de cinco años. Pero, en estos casos, el concursado debería reseñar explícitamente lo siguiente: en primer lugar, y por lo que se refiere a los recursos con los que afrontar los pagos, que no tiene activo alguno y que los que tenía fueron realizados en el concurso, cuál es su situación laboral, si cobra algún subsidio o pensión y en qué medida es inembargable, así como las posibilidades que podría tener en el futuro de generar recursos y por qué actividad; y, en segundo lugar, la relación de créditos contra la masa y privilegiados que debían ser satisfechos y el orden que se seguiría en el pago, con la previsión que podría lograrse con los recursos actuales y con los que presumiblemente podrían alcanzarse. Solo así se da oportunidad a los acreedores a pronunciarse sobre la propuesta y poder objetar lo que consideren oportuno en relación con los rendimientos y la prelación que se seguiría en el pago.

Lo anterior es compatible con que, transcurridos los cinco años sin que el deudor hubiera podido cumplir íntegramente el plan de pagos, el juez pueda, no obstante, declarar la exoneración definitiva siempre que

hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

Este precepto contempla que el incumplimiento del plan de pagos pueda no hacer desmerecer la exoneración definitiva, bajo determinadas condiciones. Pero esta eventualidad no puede interpretarse en el sentido pretendido de desvirtuar el plan de pagos hasta negarle significación. Una cosa es que la ley contemple que durante ese plazo de cinco años pueda resultar imposible cumplir los pagos convenidos en el plan de pagos aprobado, merced al cual se concedió la exoneración provisional, y bajo qué condiciones este incumplimiento podría no impedir la declaración de exoneración definitiva, y otra distinta que, como pretende la recurrente, esta posibilidad conlleve la irrelevancia del plan de pagos. El que pueda concederse la exoneración definitiva de las deudas, a pesar de no haberse cumplido ínte-

gramente el plan de pagos aprobado por el juez al tiempo de conceder la exoneración provisional, no puede interpretarse como que resulta innecesario un plan de pagos para lograr esa exoneración provisional.

Esta vía de exoneración en cinco años requiere, en primer lugar, de un trámite de concesión de la exoneración parcial, sobre la base de un concreto y real plan de pagos aprobado por el juez; y, más tarde, transcurridos los cinco años, de la verificación del cumplimiento íntegro del plan o, en su defecto, de que se dan las reseñadas circunstancias legales para que pueda declararse la exoneración definitiva.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Real Decreto-ley 6/2012 (medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos), art. 3.1.
- Real Decreto legislativo 1/2020 (TR Ley concursal), arts. 178 bis.3, ordinal 5.º, 495.1 y 496.
- SSTS, Sala 1.^a, de 2 de julio 2019 (NCJ064148).

Percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

Promociones Norte, SL, que tiene intención de construir un complejo urbanístico en la zona norte de España, concierta con el Banco Popular una póliza por la que se garantiza la devolución de las cantidades que anticipen los compradores de viviendas a construir en una localidad de la zona norte de España, para el supuesto de que no se entreguen en el plazo previsto o no les sea expedida la licencia de ocupación. En consonancia con esto, los compradores suscriben varios contratos privados de compraventa por un importe de 176.404 euros más el IVA, cada uno de ellos; una parte del dinero es entregado a la firma del contrato privado, la otra queda diferida al momento de suscripción de la escritura pública correspondiente. El dinero se ingresa en una cuenta que el promotor abre con el banco avalista y no en una especial. Como es lógico, el vendedor-promotor entrega el correspondiente aval bancario, que permite garantizar las cantidades anticipadas. Un aval bancario que podría entenderse como consecuencia de un contrato marco en el que se prevé el aval como colectivo, idéntico para todos los potenciales compradores. Llegada la fecha prevista de entrega de los inmuebles, esta no se produce y tampoco se obtiene la correspondiente licencia de ocupación. Posteriormente la promotora es declarada en concurso voluntario de acreedores. A la vista de esta circunstancia, un comprador presenta escrito al banco, a través de su abogado, comunicando que se ha resuelto el contrato por incumplimiento de la promotora, solicitando la ejecución del aval y la devolución de las cantidades anticipadas con los intereses correspondientes. La promotora confirma la

resolución contractual de mutuo acuerdo, sin embargo, el banco no devuelve las cantidades ni los intereses derivados.

Cuestiones planteadas:

- a) ¿Se puede considerar a la entidad bancaria como responsable y obligado principal a la devolución de las cantidades de los intereses, a falta de certificados individuales de garantía y teniendo en cuenta que el contrato es marco sin aval individual?
- b) ¿El acuerdo de resolución contractual realizado entre la promotora y el comprador, sin contar con la entidad bancaria, excluye la responsabilidad de esta de devolver las cantidades adelantadas más los intereses?
- c) ¿Exime de responsabilidad a la entidad que el aval sea común y no especial o individual?
- d) ¿La responsabilidad del avalista se limita a las cantidades ingresadas en la cuenta bancaria de la promotora?

Solución

- a) ¿Se puede considerar a la entidad bancaria como responsable y obligado principal a la devolución de las cantidades de los intereses, a falta de certificados individuales de garantía y teniendo en cuenta que el contrato es marco sin aval individual?

La protección por ley de los abusos con normas preventivas, tras la compra de una vivienda y el anticipo del dinero, de parte del dinero, justifica la Ley 57/1968, de 27 de julio. Según su exposición de motivos:

La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que esta no se lleve a efecto.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas nos dice que el promotor de viviendas tiene que garantizar la devolución de las cantidades que se entreguen por los compradores.

Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Esa garantía debe hacerla por medio de un aval (póliza de garantía), y puede ser individual o colectiva. Por tanto, la obligación que asume al banco es siempre una obligación principal, no pudiendo escudarse que en este caso el aval sea colectivo, porque el contrato sobre el que se asienta es un contrato marco que afecta a una colectividad. Lógicamente el promotor concierta con el banco esa garantía, que ofrece al comprador o a los compradores futuros. Estos, persuadidos de la confianza que les da la póliza, suscriben los contratos de compraventa y anticipan las cantidades; una parte se entrega a la firma del contrato privado, la otra cuando este se eleva a escritura pública. Finalmente, es determinante la entrega de la licencia para poder habitar la vivienda. Pues bien, en este caso –como ya ha reiterado la jurisprudencia en múltiples sentencias– la obligación del banco es esencial, y siempre que no esté terminada la vivienda y puesta a disposición de los compradores, el incumplimiento permite al comprador con aval individual o colectivo solicitar la resolución del contrato, mientras que por el promotor no se puede resolver porque se haya producido un impago parcial a cuenta del precio. Esta manera de entender la obligación que asume la entidad bancaria hace que, no obstante, la relación entre el promotor y el cliente, su posición de garante, no se desplace; es decir, que no cabe eludir su responsabilidad alegando que la relación entre el cliente-comprador y la promotora, por la cual se acuerda la resolución del contrato, impide el cumplimiento del mismo entre ellos y sin que la entidad bancaria haya tenido nada que ver. El banco no puede alegar que el acuerdo al que han llegado las partes del contrato de compraventa (sin su intervención) desplaza su posición de obligado principal. Y, es más, tampoco podría alegar falta de legitimación pasiva por ese motivo. Forma parte ineludible de la relación jurídico-procesal.

La sentencia del Pleno 322/2015, de 23 de septiembre (NCJ060404), resolvió la siguiente cuestión: «los compradores tienen derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de los anticipos con base en un aval o seguro colectivo, aunque no se hubiera llegado a extender un aval individualizado». Es decir, si releemos el caso práctico, en él se dicen cuestiones de interés relacionadas con el acuerdo del pleno: el aval es colectivo, el contrato que se realiza es un contrato marco para todos los futuros compradores, y podríamos añadirle para hacerlo más interesante que luego no se extienden certificados indi-

viduales a cada uno de los avalistas, incluso también es importante destacar si el dinero es ingresado por el comprador o en una cuenta que abre la promotora en la entidad bancaria y no una cuenta especial relacionada con la garantía.

La decisión del pleno está en armonía con la intención del legislador y con la idea de que, expirado el plazo de iniciación o de entrega de la vivienda, el cesionario-comprador puede elegir entre resolver el contrato o prorrogarlo, reclamando, además de la devolución de las cantidades, el 6 % de intereses anuales. La norma prevé un contrato de seguro o aval que debe ir

unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda [que] tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

Eso es lo que ocurre en el presente caso, que siendo obligada principal la entidad bancaria, el comprador, cesionario de la póliza, ejecuta el título, es decir, el aval.

b) ¿El acuerdo de resolución contractual realizado entre la promotora y el comprador, sin contar con la entidad bancaria, excluye la responsabilidad de esta de devolver las cantidades adelantadas más los intereses?

La sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró como doctrina «que el avalista no responde frente al comprador en caso de extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso anterior a la fecha en la que deba entregarse la vivienda».

Conviene recodar los artículos 3 y 4 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas:

Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

Expedida la cédula de habitabilidad por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al comprador, se cancelarán las garantías otorgadas por la Entidad aseguradora o avalista.

El caso nos recuerda que las obras no se finalizan en la fecha prevista, no se entregan cuando deberían haberse terminado y no se obtiene la licencia.

El precepto es claro: el cesionario, el comprador, puede resolver el contrato u optar por una prórroga. La garantía, el aval, no está finalizada, pues como indica el artículo cuarto transcrito, solo se cancela cuando se obtiene la cédula de habitabilidad y se acredita la entrega.

Por consiguiente, la decisión de resolución del contrato parece que no puede ser excusa para que el avalista se exonere de responsabilidad. Pero veamos cuál es el razonamiento al respecto, al amparo de la jurisprudencia que contempla un caso parecido, que contempla una resolución anticipada de la garantía entre comprador y vendedor:

Según la STS núm. 133/2015, de 23 de marzo (NCJ059754) «si el contrato de compraventa se extingue», de mutuo acuerdo, antes de la «fecha establecida para la entrega de la vivienda», entonces el banco tendría razón y no cubriría la garantía, no vendría obligado; es decir, la ejecución del título no podría prosperar; porque el artículo 1847 del Código Civil nos dice que «la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor», y esta no se ha extinguido en el momento pactado, en la fecha de entrega y con la licencia de obras. La garantía despliega sus efectos cuando se incumple el contrato, bien los plazos, bien los requisitos pactados. Si el comprador se pone de acuerdo con el vendedor para la extinción de la garantía antes del plazo, el banco no ha incumplido nada y por ello no resulta obligado por la póliza. Además, la sentencia que mencionamos añade que el artículo 68 de la Ley del contrato del seguro establece claramente que «por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro». El banco solo quedaría obligado por incumplimiento de las obligaciones del vendedor (el tomador del seguro).

En definitiva, es normal que el comprador se sienta defraudado y pida la resolución del contrato porque no se ha producido la entrega física, entendida –como así lo sugiere la jurisprudencia– como inexistencia de escritura pública notarial, o jurídica «que se refiere al cumplimiento de aquellas condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador». Y dentro de esas condiciones está la licencia de obra que permite el disfrute físico del inmueble en los términos del artículo 1462 del CC: «Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario». Solo con la entrega real, cuando el comprador esté en condiciones de poder disfrutar del bien, la garantía se extingue si se percibe en las condiciones pactadas.

c) ¿Exime de responsabilidad a la entidad que el aval sea común y no especial o individual?

La segunda cuestión plantea que el aval suscrito por el comprador que demanda al banco es colectivo o común y no individual o especial a nombre de este comprador, perfectamen-

te diferencia de otros. El supuesto nos plantea asimismo un contrato marco y el ingreso en una cuenta única aperturada por el promotor, donde se van ingresando las cantidades de todos los compradores. ¿Puede alegar el banco estas circunstancias para exonerarse una vez más de su obligación de reembolso al comprador?

La clave está es saber qué tipo de obligación genera el aval para el vendedor, porque la obligación es legal y viene impuesta por la Ley 57/1968, como se ha dicho más arriba. ¿Es una obligación accesoria? ¿Es una obligación principal? La respuesta ya la ha dado, una vez más, la jurisprudencia. Mientras no se haya terminado la vivienda y no haya sido entregada, el incumplimiento permite al comprador resolver el contrato y reclamar. Esto ya lo hemos dicho, pero la interpretación que subyace tras tal afirmación es la siguiente: la obligación del vendedor es principal, no accesoria, porque no puede resolver el contrato aun cuando el comprador haya incumplido pagos parciales.

Finalmente, ya la sentencia del pleno 322/2015, de 23 de septiembre, declaró que «es jurisprudencia reiterada que los compradores tienen derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de los anticipos con base en un aval o seguro colectivo aunque no se hubiera llegado a extender un aval individualizado».

Por tanto, el vendedor es obligado principal y el banco responde como avalista independientemente de que el aval sea individual y no colectivo. El comprador puede demandar indistintamente al promotor vendedor, su aseguradora o avalista, de manera individual o solidaria, cuando «la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido».

Es indiferente que el aval sea individual o colectivo, pues el artículo 2 de la ley dice literalmente: «En el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio». Ese documento o certificado de la garantía es lo esencial y faculta al comprador para reclamar, háyase realizado un aval individual o colectivo. Es más, aun cuando no se emitiera el certificado individual, es jurisprudencia constante la siguiente:

Por lo que se refiere a las pólizas colectivas de seguro o aval, en particular cuando la entidad avalista o aseguradora no llega a emitir certificados individuales a favor de los compradores de las viviendas, es doctrina jurisprudencial que la omisión del certificado individual a favor de cada uno de los compradores no elimina la responsabilidad de la entidad aseguradora o avalista, conjunta con la del promotor, de garantizar la eventual devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores en caso de incumplimiento del promotor, responsabilidad exigible incluso aunque a los compradores no se les hubiera entregado en su momento una copia de la póliza colectiva. (STS núm. 502/2017, de 14 de septiembre [NCJ062643], también de pleno).

- d) ¿Tiene alguna trascendencia jurídica el hecho de que las cantidades avaladas hayan sido ingresadas en la cuenta del promotor y no en una especial, o que el aval establezca un límite de garantía?

El artículo 2 de la ley establece, como requisito que se ha de hacer constar en el contrato de adquisición de viviendas en las que se pacta la entrega anticipada de dinero, la «designación de la Entidad bancaria o Caja de Ahorros y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado». Parece que se está refiriendo a una cuenta especial donde se ingresan las cantidades del comprador, no la común o propia del promotor. En el caso, el promotor abre una cuenta y en ella se ingresa el dinero. Esta es la cuestión que se dilucida en el caso práctico.

Pues bien, la Sentencia 298/2019, de 28 de mayo (NCJ064263), dice al respecto que «si existe garantía (aval o seguro), esta sala viene reiterando que los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o avalista aunque no se ingresen en la cuenta especial, sino en otra diferente del promotor», citando como precedentes las sentencias 222/2001, de 8 de marzo, 779/2014, de 13 de enero de 2015, 780/2014, de 30 de abril, 142/2016, de 9 de marzo, 360/2016, de 1 de junio, y 420/2017, de 4 de julio, las cuales «no hacen depender la responsabilidad del avalista de que el ingreso de los anticipos se haga en la cuenta especial».

Por otro lado, el banco responde de todas las cantidades entregadas al margen del límite, o del tiempo de vigencia, porque la Ley 57/1968 no contempla límites, simplemente establece

garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Por consiguiente, el resumen de todo es que la vivienda debe ser entregada en tiempo y forma, y la obligación que genera el incumplimiento, como obligación principal que es, permite al comprador dirigir su acción solidariamente contra el vendedor y el banco.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- SSTS de 82/2013, de 11 de marzo; 168/2013, de 6 de marzo; 169/2013, de 20 de marzo; 170/2013, de 6 de marzo; 398/2013, 399/2013, 400/2013 y 401/2013, de 10 de junio; 476/2013, de 3 de julio; 599/2013, de 30 de septiembre; 620/2013 y 621/2013, de 9 de octubre; 634/2013 y 635/2013, de 21 de octubre; 653/2013 y

661/2013, de 28 de octubre; 677/2013, de 6 de noviembre; 678/2013, de 30 de octubre; 683/2013, de 31 de octubre; 701/2013 y 706/2013, de 7 de noviembre; 721/2013, de 14 de noviembre; 52/2014, de 6 de febrero; 198/2014, de 1 de abril; 778/2014 (Pleno), 20 de enero de 2015; 778/2014, de 20 de enero; 780/2014, de 30 de abril de 2015; 133/2015 (Pleno), de 23 de marzo; 133/2015, de 23 de marzo; 226/2016, de 8 de abril; 423/2016, de 24 de junio; 527/2016, de 12 de septiembre; 255/2019, de 5 de mayo; 420/2017, de 4 de julio; 459/2017, de 18 de julio; 25 de octubre de 2011, rec. núm. 588/2008; 10 de diciembre de 2012, rec. núm. 1044/2010; 11 de abril de 2013, rec. núm. 1637/2010; 7 de mayo de 2014, rec. núm. 828/2012.

Competencia de una mancomunidad de municipios. Ordenanza fiscal. Recurso contencioso-administrativo

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Enunciado

Con anterioridad al año 2018 la ordenanza fiscal de la tasa por suministro de agua potable a los ayuntamientos de una mancomunidad de municipios consistía en una cuota fija por habitante, más una cuota lineal por consumidor respecto a los metros cúbicos de agua consumido.

A partir del ejercicio 2018, mediante el acuerdo plenario de 26 de diciembre de 2018 se modificó la ordenanza, disponiendo una modificación de aquella tasa, consistente en una cuota fija por habitante, y una cuota por bloques respecto a los metros cúbicos de agua consumidos.

Con posterioridad al ejercicio de 2018, estas tarifas se han sido modificadas mediante acuerdos plenarios distintos.

Este acuerdo plenario de 26 de diciembre de 2018 se anuló por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de 11 de junio de 2022, con ocasión de un recurso planteado por la alcaldesa de un ayuntamiento que formaba parte de la mancomunidad, ya que, en su opinión, se oponía a la legalidad vigente y, además, por sus condiciones especiales, le era perjudicial y, desde luego, vulneraba el principio de igualdad entre sus vecinos.

En la tramitación del recurso la mancomunidad se opuso a la admisión del recurso, en trámite oportuno, por falta de legitimación del ayuntamiento, toda vez que era la mancomunidad, en su totalidad, la que poseía personalidad jurídica propia, conforme a la normativa local y a los estatutos que regían la misma y que fueron aprobados por los plenos de todos los ayuntamientos que la conformaban, y no por cada municipio individualmente, por lo que no podía recurrir ni actos ni disposiciones de la misma por sí solo.

En el pleno extraordinario de fecha 26 de febrero de 2023 se acuerda remitir consulta a la diputación provincial para que informe sobre el criterio que se debe utilizar para el cálculo de las devoluciones que resulten procedentes, todo ello en relación con la ejecución de la Sentencia de 11 de junio de 2012.

En la documentación aportada a la diputación se dice que existen pendientes otros recursos interpuestos contra los actos de ejecución y liquidación de la ordenanza anulada, o de sus posteriores modificaciones, aún no resueltos.

Doña RRR, concejala de la oposición del ayuntamiento, sin dedicación exclusiva ni parcial, ha sido seleccionada por el Servicio Público de Empleo Estatal de la comunidad autónoma (SEPE) para el desempeño de un puesto de trabajo para el ayuntamiento, con un contrato laboral a tiempo parcial de duración determinada con un número de horas al mes, desde el 9 de febrero del presente año hasta el 30 de abril del mismo año.

Este contrato laboral, que se realiza entre la citada concejala y el ayuntamiento, no está financiado con fondos propios del ayuntamiento, sino del Fondo Regional de Cooperación Municipal, sección condicionada al empleo, que es transferido por la comunidad autónoma.

El procedimiento de selección fue el envío de una oferta de empleo por parte del ayuntamiento, en el cual se especificaba que se requería los servicios de un/una trabajador/ra, y como resultado el SEPE envió al ayuntamiento un listado ordenado (según criterios de este organismo relativos a la antigüedad como desempleado, edad, experiencia, etc.), en el cual figuraba en primer lugar la citada concejala. Por tanto, no se incluyó en la oferta que se envió ningún aspecto que pudiera favorecer a la citada concejala, sino que solo se indicó un perfil del puesto para que el SEPE aplicara los criterios que creyera oportunos.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Puede una mancomunidad dictar una ordenanza fiscal? ¿Ha de estimarse la causa de inadmisión del recurso esgrimida por la mancomunidad? ¿Observa algún defecto legal en la interposición del recurso por el ayuntamiento? Si así fuera, ¿cómo se debe de actuar?
2. Efectos de la declaración de la Sentencia de 11 de junio de 2012.

3. ¿Cómo afectará la sentencia a los que interpusieron recurso, pendientes de resolución, contra los actos de ejecución y liquidación de la ordenanza anulada?
4. ¿Qué efectos tendría la sentencia sobre los que abonaron la tasa con anterioridad a la sentencia?
5. Si de la ejecución de la sentencia resultare la obligación de devolver una cantidad líquida a los ayuntamientos mancomunados, presupuestariamente ¿en qué ejercicio económico se contabilizará? Si derivado de esta situación se produjera un desequilibrio presupuestario en la mancomunidad, ¿sería legalmente correcto cargar solo sobre el municipio recurrente los eventuales efectos negativos que la anulación de la ordenanza pueda tener en el equilibrio presupuestario de la mancomunidad?
6. A la vista de los hechos descritos respecto a la concejala RRR, se solicita informe sobre:
 - Si existe incompatibilidad entre el desempeño de ese puesto de trabajo y el desempeño de concejal.
 - Si existe incompatibilidad, cuál es el procedimiento que tendría que seguir el ayuntamiento, una vez que doña RRR ha aceptado el puesto de trabajo.
 - Si puede el pleno del ayuntamiento declarar la compatibilidad del desempeño del trabajo y ostentar el cargo de concejala, en este caso, debido a las especiales circunstancias del mismo, tales como la temporalidad del contrato, no es un puesto de carácter permanente, se trata de un servicio de corta duración, financiado con fondos ajenos al ayuntamiento, y la selección la ha realizado un servicio que no depende de este ayuntamiento.

Solución

1. a) ¿Puede una mancomunidad dictar una ordenanza fiscal?

La respuesta es afirmativa, ya que, aunque el artículo 57 del Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (TRLHL), se refiere a los ayuntamientos, no cabe duda de que, en virtud del artículo 4.1 b) y 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las de bases de régimen local (LBRL):

1. En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas: [...] b) Las potestades tributaria y financiera.

2. Corresponden a las mancomunidades de municipios, para la prestación de los servicios o la ejecución de las obras de su competencia, las potestades señaladas en el apartado 1 de este artículo que determinen sus Estatutos. En defecto de previsión estatutaria, les corresponderán todas las potestades enumeradas en dicho apartado, siempre que sean precisas para el cumplimiento de su finalidad, y de acuerdo con la legislación aplicable a cada una de dichas potestades, en ambos casos.

1. b) Ha de estimarse la causa de inadmisión del recurso esgrimida por la mancomunidad?

No ha de ser estimada dicha causa de inadmisión. En este sentido, el artículo 19.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), señala que están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo «a) las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo».

No cabe duda de que, en primer lugar, el municipio es una persona jurídica pública y, en segundo lugar, que ostentaba un interés legítimo para la impugnación de la ordenanza aprobada.

La situación de poder típica es la conocida con el nombre de derecho subjetivo, que es aquella en la que se encuentra el administrado respecto de las normas que han sido inmediatamente dictadas para la tutela de intereses individuales o para la garantía de utilidades sustanciales. Junto a ello, puede haber administrados para los que la observancia o no de las normas de acción por parte de la Administración pública comporte una ventaja o desventaja de modo particular respecto a los demás; se dice entonces que esos administrados son titulares de un «interés legítimo», que no es otra cosa que el interés cualificado respecto de la legalidad de determinados actos administrativos, en la medida en que dicho interés es objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

A esto se refiere expresamente la exposición de motivos de la vigente Ley 29/1998, cuando afirma que nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, concepto comprensivo de los derechos subjetivos, pero más amplio, pueda verse privado del acceso a la justicia. Dicha afirmación no es sino recepción directa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se recoge en el artículo 24.1 de la Constitución española, y se articula en torno a los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

En cuanto a la interpretación y alcance que deba darse al concepto de «interés legítimo», resulta también reveladora la STS de 11 de octubre de 2004, rec. núm. 5693/2000, en la que se señala que la matriz de la legitimación radica en la utilidad que obtendría el actor

si prosperase su pretensión, bien por recibir un beneficio, bien por dejar de sufrir un perjuicio efectivo, de carácter materia o jurídico, derivado inmediatamente del acto o disposición recurridos, porque aunque no sea suficiente un mero interés por la legalidad ni estar basado en motivos extrajurídicos susceptibles de satisfacer apetencias, deseos o gustos personales, alejados del interés auténticamente legitimador objeto de protección legal, sí se han reconocido como incluíbles en este concepto de interés legitimador beneficios tales como los morales, los de vecindad, los competitivos o profesionales.

Es cierto que la mancomunidad, de acuerdo con el artículo 3.2 c) de la LBRL, son entidades locales territoriales que gozan de plena capacidad y personalidad jurídica propia para el cumplimiento de sus fines, que vendrán fijados en sus estatutos, pero esto no impide reconocer idéntica personalidad y capacidad a cada uno de los municipios que la componen y, por supuesto, legitimación para impugnar los actos y resoluciones de aquella cuando estimen que vulneran el ordenamiento jurídico, y, además, le son perjudiciales, como es el caso que nos ocupa, pues no podemos olvidar, por un lado, que la ordenanza conculcó la legalidad, como lo prueba que la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia la anuló posteriormente y, en segundo lugar, que se señala que aquella le era perjudicial y vulneraba el principio de igualdad de los vecinos.

Por tanto, una cosa es la legitimación colectiva de la mancomunidad respecto de los recursos que desee interponer frente a resoluciones de otras Administraciones que les puedan afectar o el ejercicio de acciones judiciales frente a terceros, cuando estimen pertinente, en los que se acodará por quienes señalen sus estatutos, y otra la legitimación individual de cada municipio para recurrir las disposiciones o actos de la misma mancomunidad cuando estimen que sea perjudicial para sus intereses. Ambas son perfectamente compatibles.

Ahora bien, creemos que para que esa legitimación nazca será preciso que la representación del municipio en los órganos decisorios de la mancomunidad haya votado en contra de la aprobación o modificación de la ordenanza fiscal, pues, en caso contrario, estaremos en presencia de un acto consentido y firme, de acuerdo con el artículo 28 de la LJCA.

1. c) ¿Observa algún defecto legal en la interposición del recurso por el ayuntamiento? Si así fuera, ¿cómo se debe de actuar?

Hay una clara vulneración de la legalidad, pues el órgano competente para acordar el planteamiento de la acción judicial parece que era el pleno y no la alcaldesa. En este sentido, el artículo 21.1 k) de la LBRL señala su competencia para el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa del ayuntamiento en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del pleno, en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación. Y el artículo 22.2 j) señala como competencia del

pleno el ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la corporación en materias de competencia plenaria.

Recordamos dos circunstancias:

- El artículo 22.2 b) especifica que es de su competencia los acuerdos relativos a la participación en organizaciones supramunicipales.
- Que se trataba de la aprobación o modificación de una ordenanza de la mancomunidad, que tiene el valor de disposición general.

Recordamos, también, que antes de interponer el recurso contencioso-administrativo, el municipio pudo hacer uso del requerimiento potestativo previsto, como diligencia preliminar, en el artículo 24 de la LRJCA.

Respecto a, visto lo anterior, ¿cómo se puede proceder? El artículo 45 de la LJCA señala:

1. El recurso contencioso-administrativo se iniciará por un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, salvo cuando esta Ley disponga otra cosa.
2. A este escrito se acompañará:
 - d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.
3. El Secretario judicial examinará de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Si estima que es válida, admitirá a trámite el recurso. Si con el escrito de interposición no se acompañan los documentos expresados en el apartado anterior o los presentados son incompletos y, en general, siempre que el Secretario judicial estime que no concurren los requisitos exigidos por esta Ley para la validez de la comparecencia, requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto y, si no lo hiciere, el Juez o Tribunal se pronunciará sobre el archivo de las actuaciones.

En el apartado 5 de dicho artículo se señala que el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados podrá iniciarse también mediante demanda en que se concretará la disposición, acto o conducta impugnados y se razonará su disconformidad a derecho. Con la demanda se acompañarán los documentos que procedan de los previstos en el apartado 2 de este artículo.

2. Efectos de la declaración de la Sentencia de 11 de junio de 2012

Dando por hecho que la sentencia no se recurrió en casación y por tanto es firme, porque de lo contrario no procedería su ejecución hasta que no adquiriese firmeza, vamos a referirnos a la normativa que con carácter general rige la ejecución de sentencias, siendo así que el artículo 118 de la Constitución española establece que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Por su parte, el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dispone que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establece en su artículo 103.2 que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en estas se consignen, y en el apartado 4 dispone que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

En cuanto al procedimiento, el artículo 104 de la citada LJCA dispone que luego que sea firme una sentencia, el secretario judicial lo comunicará en el plazo de 10 días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de responsable del cumplimiento de aquel. Transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento del fallo, conforme al artículo 71.1 c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa.

Con carácter general, los efectos de la declaración de nulidad se retrotraen al momento en que se dictó el acto (efectos *ex tunc*), no pudiendo convalidarse además por el transcurso del tiempo, como expresamente se dice en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 13 de abril de 2007: *quod nullum est, nullum effectum producit, tractu temporalis convallescere non potest* (lo que es nulo no produce ningún efecto y no puede convalidarse por el transcurso del tiempo).

No obstante, dentro de la rama del derecho donde nos hallamos, estos principios generales sobre los efectos de la nulidad absoluta requieren ciertas matizaciones derivadas de la específica regulación que presentan en las normas sustantivas por las que se rigen. En el presente caso nos hallamos ante la declaración judicial de nulidad absoluta de la modificación de una ordenanza fiscal que fija la tasa por suministro de agua potable, y, por tanto, ante una disposición de carácter general, un verdadero reglamento local de naturaleza tributaria, dictado al amparo de la competencia propia prevista en el artículo 57 del TRLHL, que dispone que los ayuntamientos podrán establecer y exigir tasas por la prestación de servicios, según las normas contenidas en la sección 3.1 del capítulo III del título I de esta ley.

Pues bien, a esta situación de nulidad de las ordenanzas fiscales o de sus modificaciones se refiere expresamente el artículo 19.2 del TRLHL, en cuanto dispone que:

Si por resolución judicial firme resultaren anulados o modificados los acuerdos locales el texto de las ordenanzas fiscales, la entidad local vendrá obligada a adecuar a los términos de la sentencia todas las actuaciones que lleve a cabo con posterioridad a la fecha en que aquella le sea notificada. Salvo que expresamente lo prohibiera la sentencia, se mantendrán los actos firmes o consentidos dictados al amparo de la ordenanza que posteriormente resulte anulada o modificada.

Por su parte, el artículo 73 de la LJCA dispone que

las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

Parece que lo que hace el artículo 19.2 del TRLHL es concretar la forma de articulación del artículo 73 de la LJCA en el ámbito que ahora nos ocupa, porque lo que nos dice este precepto es que, cuando en aplicación de una disposición después declarada nula, se hubieran dictado actos administrativos firmes, la sentencia no producirá automáticamente la invalidez de esos actos, y lo que nos dice el artículo 19.2 es que esos actos firmes subsisten a menos que la sentencia diga lo contrario. En suma, lo que hace el artículo 19.2 es invertir los términos: la regla general es así la subsistencia de esos actos firmes, pero la sentencia puede decir otra cosa diferente.

En resumen, dejando aparte el caso de la retroactividad de la anulación de normas sancionadoras desfavorables, que, conforme a la STC 99/2000, constituye una consecuencia del principio constitucional de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la CE, lo que vienen a hacer los preceptos antes mencionados es equiparar la anulación de una disposición de carácter general a la derogación de la misma, en el sentido de que los efectos son *ex nunc* (desde ahora), y no *ex tunc* (desde que se dictó el acto), si bien solo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos, y así lo viene reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la sentencia de 29 de septiembre de 2001).

Por lo que respecta al ámbito subjetivo de los efectos, el artículo 72.2 de la LJCA dispone que la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas, consagrando así los efectos *erga omnes* de la misma, quedando sin efecto para todos, y lo hace en contraposición de lo que establece en el apartado 3, respecto a la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica

individualizada, que solo produce efectos entre las partes, si bien tales efectos pueden extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111 de dicha ley.

3. ¿Cómo afectará la sentencia a los recursos los actos de ejecución y liquidación de la ordenanza anulada?

La ejecución material de una sentencia judicial no siempre es sencilla, ni está exenta de dificultades, por lo que es conveniente e incluso necesario realizar una clarificación lo más exacta posible de la situación producida, para intentar aplicar las disposiciones mencionadas con el máximo acierto. En el presente caso, de acuerdo con la información facilitada, parece que la situación sería la siguiente:

- Con anterioridad al año 2018 la ordenanza fiscal de la tasa por suministro de agua potable a los ayuntamientos de la mancomunidad consistía en una cuota fija por habitante, más una cuota lineal por m³ de agua consumido.
- A partir del ejercicio 2018, mediante el acuerdo plenario de 26 de diciembre de 2018, que ahora se anula por la sentencia, se aprueba una tasa consistente en una cuota fija por habitante, y una cuota por bloques respecto a los m³ de agua consumidos.
- Con posterioridad al ejercicio 2018, según se manifiesta, estas tarifas han sido modificadas mediante acuerdos plenarios.
- En el relato de hechos se dice que existen pendientes otros recursos contra los actos de ejecución y liquidación de la ordenanza anulada, o de sus posteriores modificaciones, en cuyo caso no gozarán, respecto al recurrente o los recurrentes, de la condición de acto firme, necesaria para su mantenimiento, conforme establece el artículo 19.2 del TRLHL, y habrá que estar respecto de los mismos a lo que en su día declare el tribunal.

4. ¿Qué efectos tendría la sentencia sobre los que abonaron la tasa con anterioridad a la sentencia?

Si la situación que acabamos de referir es la correcta, y siempre que las modificaciones de la tasa posteriores al ejercicio de 2018 hayan consistido en incrementar en un porcentaje determinado, bien la cuota fija por habitante, bien la cuota por bloques, bien ambas, sin llegar a suponer una modificación sustantiva de la ordenanza, creemos que la actuación más conforme con lo dispuesto en el artículo 19.2 del TRLHL nos llevaría a aplicar, desde la notificación de la sentencia firme que ahora se ejecuta, la ordenanza vigente con anterioridad a la modificación realizada mediante el acuerdo plenario de 26 de diciembre de 2018, que ahora se anula, practicando desde ese momento la liquidación que proceda, por exceso o por defecto, a todos los municipios que conforman la mancomunidad, manteniéndose in-

alterables los actos firmes o consentidos dictados en aplicación de la ordenanza anulada, y de sus sucesivas actualizaciones o modificaciones, estando respecto a los actos no consentidos y recurridos a lo que en su día declare el tribunal competente.

Por el contrario, si alguna de las modificaciones posteriores al ejercicio de 2018 hubieran consistido en una modificación sustantiva y sustancial de la ordenanza, como por ejemplo un aumento o disminución de los bloques de consumo, su tarificación, etc., y esta modificación hubiera sido aprobada de forma procedimentalmente correcta, sin que el acuerdo aprobatorio haya sido recurrido, podríamos entender o considerar que nos encontramos ante una nueva ordenanza reguladora de la tasa del servicio de suministro de agua potable, posterior a la anulada y legalmente aprobada, y por tanto vigente y de plena aplicación, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19.2 del TRLHL no procedería realizar actuación alguna de rectificación de liquidaciones, por cuanto el reglamento tributario anulado hubiera quedado subsumido en el nuevo aprobado posteriormente de forma reglamentaria, quedando a salvo los actos de ejecución y liquidación de la ordenanza anulada, o de sus posteriores modificaciones, que hayan sido objeto de recurso, respecto de los cuales habrá que estar a lo que en su día declare el tribunal, como acabamos de decir.

5. Si de la ejecución de la sentencia resultare la obligación de devolver una cantidad líquida a los ayuntamientos mancomunados, presupuestariamente ¿en qué ejercicio económico se contabilizará? Si derivado de esta situación se produjera un desequilibrio presupuestario en la mancomunidad, ¿sería legalmente correcto cargar solo sobre el municipio recurrente los eventuales efectos negativos que la anulación de la ordenanza pueda tener en el equilibrio presupuestario de la mancomunidad?

La misma, de acuerdo con las instrucciones que rigen la contabilidad de las entidades locales, ha de contabilizarse presupuestariamente en el ejercicio económico en el que se haya adoptado el acuerdo de devolución, minorando los ingresos presupuestarios.

Si derivado de esta situación se produjera un desequilibrio presupuestario en la mancomunidad, el artículo 44.2 de la Ley 7/1985 dispone:

Las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídicas para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus Estatutos propios. Los Estatutos han de regular el ámbito territorial de la entidad, su objeto y competencia, órganos de gobierno y recursos, plazo de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento,

por lo que en aplicación de lo dispuesto en aquellos, en su defecto, en aras de la facultad de autoorganización de la que gozan las mancomunidades (art. 4.3 LBRL), se podrán

adoptar los acuerdos que se estimen necesarios para alcanzar el equilibrio presupuestario, si bien no consideremos legalmente correcto cargar sobre un solo municipio, precisamente el recurrente, los eventuales efectos negativos que la anulación de la ordenanza pueda tener en el equilibrio presupuestario de la mancomunidad, puesto que si los efectos que produce la sentencia anulatoria de una disposición de carácter general son *erga omnes*, con este alcance han de entenderse tanto los efectos positivos como los negativos derivados de dicha anulación, en aplicación del artículo 72.2 de la LJCA.

6. A la vista de los hechos descritos respecto a la concejala RRR, se solicita informe sobre:

- a) Si existe incompatibilidad entre el desempeño de ese puesto de trabajo y el desempeño de concejal
- b) Si existe incompatibilidad, cual es el procedimiento que tendría que seguir el ayuntamiento, una vez que doña RRR ha aceptado el puesto de trabajo
- c) Si puede el pleno del ayuntamiento declarar la compatibilidad del desempeño del trabajo y ostentar el cargo de concejala, en este caso, debido a las especiales circunstancias del mismo, tales como la temporalidad del contrato, no es un puesto de carácter permanente, se trata de un servicio de corta duración, financiado con fondos ajenos al ayuntamiento y la selección la ha realizado un servicio que no depende de este ayuntamiento

Para la resolución del informe solicitado hemos de poner en relación el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades y el artículo 178.2 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), ya que pueden surgir dudas interpretativas sobre la aplicación de uno u otro. El primero (art. 5 Ley 53/1984) admite la compatibilidad de las actividades del personal incluido en el ámbito de aplicación de su ley, con el desempeño de cargos electivos en corporaciones locales, salvo los que tengan dedicación exclusiva retribuida.

Añade el punto 2 que:

En los supuestos comprendidos en este artículo solo podrá percibirse la retribución correspondiente a una de las dos actividades, sin perjuicio de las dietas, indemnizaciones o asistencias que correspondan por la otra. No obstante, en los supuestos de miembros de las Corporaciones Locales en la situación de dedicación parcial a que hace referencia el artículo 75.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se podrán percibir retribuciones por tal dedicación, siempre que la desempeñen fuera de su jornada de trabajo en la Administración, y sin superar en ningún caso los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. La Administración en la que preste sus servicios un

miembro de una Corporación Local en régimen de dedicación parcial y esta última deberán comunicarse recíprocamente su jornada en cada una de ellas y las retribuciones que perciban, así como cualquier modificación que se produzcan ellas.

Por tanto, y como excepción, dicho artículo posibilita la compatibilidad de trabajador al servicio de una Administración con el desempeño del cargo de concejal con dedicación parcial retribuida, pero en otro ayuntamiento, cumpliendo los requisitos vistos.

Pero el presente caso, como sabemos, es diferente al del mencionado artículo 5, pues es el de una concejala de la oposición que, en efecto, no tiene ningún tipo de dedicación (ni exclusiva, ni parcial, ni ordinaria) y solamente debe recibir unas percepciones dinerarias por asistencias a órganos colegiados del ayuntamiento (plenos y comisiones).

Dicha concejala responde al perfil del trabajador que quería el ayuntamiento para un contrato a tiempo parcial y de duración determinada (inferior a un año y subvencionado totalmente por la comunidad autónoma) como trabajadora laboral en el mismo ayuntamiento en el que es concejala.

Por ello debemos remitirnos al mencionado artículo 178.2 b) de la LOREG, el cual explicita que son también incompatibles (con la condición de concejal) «b) [...] los funcionarios y restante personal en activo del respectivo ayuntamiento».

De ahí la existencia de la posibilidad de incompatibilidad entre las dos actividades (el servicio que pueda prestar como concejala de la oposición y el trabajo de laboral temporal en dicho ayuntamiento).

Con independencia de lo anterior, los emolumentos por asistencias que percibe la concejala no tienen naturaleza retributiva, sino indemnizatoria. A pesar de ello, debemos tener en cuenta el artículo 1.2 de la Ley 53/1984:

Además no se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas. [.....]. A los efectos del párrafo anterior, se entenderá por remuneración cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional.

Pero, como decíamos, el mencionado artículo 5.2 de la Ley 53/1984 vuelve a excepcionar, al indicarnos que solo se podría percibir la retribución de una de las dos actividades sin perjuicio de las dietas, indemnizaciones o asistencias que correspondan por la otra.

Esto hay que entenderlo para el caso de Administraciones diferentes.

Pese a todo debemos nuevamente remitirnos al mencionado artículo 178.2 b) de la LOREG, el cual, y en principio, parece incluir a todo personal que preste servicios en un ayuntamiento, independientemente de la naturaleza, funcionarial o laboral, de la relación de empleo y del tiempo que dure dicha relación.

En este sentido la Junta Electoral Central, en Acuerdo de 12 de abril de 1991, considera que la incompatibilidad afecta a todo personal en activo de un ayuntamiento, con independencia del régimen jurídico de la relación de empleo con la corporación, y se incluye también a trabajadores contratados por el ayuntamiento, aunque este no costee sus retribuciones.

Por tanto, en esta línea interpretativa existe incompatibilidad, según el artículo 178.2 de la LOREG y la doctrina de la Junta Electoral Central del año 1991, cuando es en el mismo ayuntamiento, permitiéndose en cambio la excepción aludida en el artículo 5 de la Ley 53/1984, cuando se da en Administraciones diferentes para el caso de la dedicación parcial con las condiciones descritas (a pesar de que el punto 2 comienza diciendo, como hemos dicho, que «en los supuestos comprendidos en este artículo solo podrán percibirse retribuciones correspondiente a una de las dos actividades, sin perjuicio de las dietas indemnizaciones y asistencia que correspondan por la otra»). Y, por contra, no se permite compatibilidad cuando ambas actividades se prestan en el mismo ayuntamiento, ni aún en el caso planteado, en el que la concejala no tiene cargo con dedicación alguna y tampoco retribuciones por el desempeño del mismo, a excepción de indemnizaciones por asistencias. Así, parece ser que lo ha querido el legislador. (No sabemos si por razones de ética u honradez; pero si así fuera, los mismos motivos debieran servir para el caso excepcionado, máxime teniendo en cuenta el espíritu de la Ley 53/1984 en sus artículos 1.1 y 2).

De todo lo dispuesto con anterioridad debemos concluir que, en principio, existiría incompatibilidad en el caso planteado, a tenor de lo dispuesto en el susodicho artículo 178.2 b) de la LOREG: son también incompatibles (con la condición de concejal) «b) [...] los funcionarios y restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento».

Dicho artículo, en principio, resulta categórico e inflexible, con independencia de la duración del contrato, de quién lo subvenciona o de la incorporación o no de un trabajador a la plantilla del ayuntamiento que, además, reúne la condición de concejal.

Ahora bien, en la última cuestión precisaremos más esta prohibición, teniendo en cuenta, por un lado, que las normas sobre incompatibilidades deben ser interpretadas restrictivamente, según constante jurisprudencia y, también, el fundamento de aquellas, que no es otro que garantizar la objetividad e imparcialidad y demás principios que debe presidir las actuaciones de los empleados públicos.

Así pues, debemos tener en cuenta, por un lado, el artículo 9.5 del ROF, que establece la pérdida de la condición de concejal por incompatibilidad en los casos condiciones establecidos en la legislación electoral. Y, sobre todo, el artículo 10 del ROF: «Los Concejales y Diputados deberán observar en todo momento las normas sobre incompatibilidad y deberán

poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma». Producida una causa de incompatibilidad y declarada por el pleno corporativo, el afectado por tal declaración deberá optar, en el plazo de los 10 días siguientes a aquel en que reciba la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de

concejal o diputado o el abandono de la situación que dé origen a la referida incompatibilidad.

Transcurrido el plazo señalado en el número anterior sin haberse ejercitado la opción se entenderá que el afectado ha renunciado a su puesto de Concejal o Diputado, debiendo declararse por el Pleno corporativo la vacante correspondiente y poner el hecho en conocimiento de la Administración electoral a los efectos previstos en los artículos 182 y 208 de la Ley Orgánica 5/1985.

En similares términos que la opción referida se pronuncia el artículo 178.3 de la LOREG:

Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad. Cuando la causa de incompatibilidad sea la prevista en el apartado 2.e) del presente artículo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6.4 de esta Ley.

Pero también debemos plantearnos hasta qué punto un laboral temporal, como en el caso que nos trae, debe integrarse en la plantilla del respectivo ayuntamiento, máxime cuando el contrato se financia, no por el propio consistorio, sino íntegramente con el Fondo Regional de Cooperación Municipal de la comunidad autónoma, y además va a trabajar durante ese periodo de tiempo inferior a un año.

Este es el argumento que utiliza la misma Junta Electoral Central, en acuerdos más recientes de 2 de junio y 10 de noviembre de 2005, y que establecen lo siguiente:

Sesión de la Junta Electoral Central (02/06/2005)

Consulta sobre incompatibilidad de la condición de concejal con la contratación del mismo por el Ayuntamiento.

Acuerdo:

La Junta Electoral Central tiene reiteradamente acordado que no existe incompatibilidad con la condición de concejal si el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del Ayuntamiento, ni tampoco cuando se trate de obras de corta duración y financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento, siempre que no se convierta en contratista de la Corporación local, supuesto este incompatible conforme a lo dispuesto en el artículo 178.2 d) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Sesión de la Junta Electoral Central (10/11/2005)

Consulta sobre incompatibilidad para el desempeño del cargo de concejal y contratación por el Ayuntamiento con cargo a una subvención del INEM.

Acuerdo:

No existe incompatibilidad con la condición de concejal si el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del Ayuntamiento, ni tampoco cuando se trate de obras de corta duración y financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento, siempre que no se convierta en contratista de la Corporación local, supuesto este incompatible conforme a lo dispuesto en el artículo 178.2 d) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

En conclusión, teniendo en cuenta los acuerdos de la Junta Electoral Central antes señalados, el carácter restrictivo de las causas de incompatibilidad y el fundamento de estas, sí podría el pleno del ayuntamiento declarar la compatibilidad del desempeño del trabajo y ostentar el cargo de concejala, en este caso, debido a las especiales circunstancias del mismo, tales como la temporalidad del contrato, que no es un puesto de carácter permanente, se trata de un servicio de corta duración, financiado con fondos ajenos al ayuntamiento, y que la selección la ha realizado un servicio que no depende del ayuntamiento.

Otra cuestión es que, en el desempeño de su trabajo, pudiera producirse un conflicto de intereses, en cuyo caso debería abstenerse de intervenir.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española (CE), arts. 24 y 118.
- Ley Orgánica 5/1985 (régimen electoral general), arts. 178, 182 y 208.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 18.2.
- Ley 53/1984 (incompatibilidades), arts. 1.2 y 5.
- Ley 7/1985, de 2 de abril (LRBRL), arts. 3, 4, 21.1, 22.2, 44.2 y 75.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 19.1, 24, 28, 45, 71.1, 72, 73, 103, 104, 110 y 111.
- Real Decreto legislativo 2/2004 (TRLHL), arts. 3.1, 19.2 y 57.
- Real Decreto 2568/1986 (ROF), arts. 9.5 y 10.
- STC 99/2000 (NFJ009392).

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

¡MATRÍCULA
ABIERTA!

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea



CEF.-

+30 MÁSTERES

+200 CURSOS

ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

Consulta nuestra oferta formativa completa en **www.cef.es**

DESCUENTO ESPECIAL AHORA

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE