

ÍNDICE

BUSTO LAGO, J. M., La reforma de la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y de la Ley de contrato de seguro (*Reform of the System of Civil Liability and Compulsory Motor Vehicle Insurance, and of the Insurance Contract Law*) (Tribuna)..... 2-12

ÁLVAREZ MORENO, M^a T., Contratos de suministro de electricidad y gas. problemas que plantea el mercado para los consumidores y su solución mediante arbitraje de consumo (*Electricity and gas supply contracts. Problems posed by the market for consumers and their solution through consumer arbitration*)..... 13-55

CERVILLA GARZÓN, M^a D., Autonomía de la voluntad y contrato en la propuesta de modernización del Código civil de 2023 (*Private autonomy and contract in the proposed modernization of the civil code of 2023*).....56-84

FERNÁNDEZ AVELLO, N., Medidas civiles de protección de las víctimas de violencia de género en situaciones transfronterizas: delimitación de instrumentos aplicables (*Civil protection measures for victims of gender-based violence in cross-border situations: delimitation of applicable instruments*).....85-112

PÉREZ DEL AMO, F., El mercado de servicios de pago: nuevos servicios y nuevos operadores (*The payment services market: new services and new operators*)..... 113-156

GARCÍA VICENTE, J. R., *Crónica jurisprudencial (XII): mayo – agosto 2025*..... 157-182

LA REFORMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR Y DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

Reform of the System of Civil Liability and Compulsory Motor Vehicle Insurance, and of the Insurance Contract Law

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO

jose.busto.lago@udc.es

Catedrático de Derecho civil

Universidad de A Coruña

Cómo citar / Citation

Busto Lago, J. M. (2025).

La reforma de la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y de la Ley de contrato de seguro (Tribuna)

Cuadernos de Derecho Privado, 12, pp. 2-12

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.78>

Resumen

La Ley 5/2025 modifica dos conceptos normativos clave en orden a determinar cuándo nos encontramos ante un evento dañoso susceptible de ser sometido al régimen aplicable a la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor: vehículo a motor y hecho de la circulación. En ambos casos se amplía objetivamente el ámbito de aplicación del referido régimen jurídico, de conformidad con el Derecho derivado de la UE y la jurisprudencia del TJUE. El legislador ha aprovechado la necesidad de transponer la Directiva (UE) 2021/2118 para introducir otras reformas en este mismo ámbito normativo, en particular en el baremo de daños corporales y en otras cuestiones adyacente como el seguro de los vehículos ligeros de movilidad personal. La Ley 5/2025 también introduce ligeras modificaciones en el seguro de vida de las personas con discapacidad.

Palabras clave

Accidente de circulación; datos personales; discapacidad; hecho de la circulación; seguro de vida; seguro obligatorio de responsabilidad civil; valoración del daño corporal; vehículo a motor; vehículo personal ligero.

Abstract

Law 5/2025 introduces significant amendments to two fundamental legal concepts in determining the scope of civil liability and compulsory motor insurance: the definition of “motor vehicle” and the notion of “use of a vehicle in traffic”. In both respects, the reform broadens the material scope of application of the regime, aligning national law with EU secondary legislation and the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union

(CJEU). The transposition of Directive (EU) 2021/2118 has also been used as an opportunity to implement further adjustments in the same regulatory field, notably with regard to the scale for the assessment of bodily injury damages, as well as ancillary issues such as insurance coverage for light personal mobility vehicles. In addition, Law 5/2025 introduces minor amendments concerning life insurance for persons with disabilities.

Key words

Road traffic accident; personal data; disability; event arising out of the use of a motor vehicle; life assurance; compulsory motor insurance; compulsory third-party liability insurance; assessment of personal injury damages; motor vehicle; light personal mobility vehicle.

1. El objeto de la reforma y su entrada en vigor

En el BOE de 26 de julio de 2025 se publicó la Ley 5/2025, de 24 de julio, *por la que se modifican el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*. Esta Ley tiene como objetivo fundamental transponer al Ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2021/2118, *que modifica la Directiva 2009/103/CE en materia de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivado de la circulación de vehículos a motor*. Entre los principales cambios que introduce destaca la ampliación del concepto de vehículo a motor -y con ello la ampliación del ámbito objetivo de aplicación del aseguramiento obligatorio de responsabilidad civil, en particular a los vehículos personales ligeros (vehículos de movilidad personal o VMP) de acuerdo con la DA 1^a-, la inclusión de nuevos supuestos de cobertura por el Consorcio de Compensación de Seguros y la mejora en la protección de las víctimas de accidentes de tráfico, modificando el sistema de valoración de los daños personales sufridos por éstas. Para alcanzar este último propósito, se establecen específicas obligaciones de información por parte de las entidades aseguradoras al Consorcio de Compensación de Seguros, al tiempo que se introducen disposiciones de carácter fiscal y tributario, como la exención de tributación en el IRPF de todas las indemnizaciones por hechos de la circulación, incluso cuando provienen del Consorcio de Compensación de Seguros. Asimismo, se incorporan modificaciones sustantivas en la Ley 20/2015, *de ordenación, supervisión y solvencia de*

las entidades aseguradoras, con la finalidad de reforzar la gobernanza de estas entidades y establecer mecanismos preventivos ante eventuales crisis financieras. Se pretende garantizar un tratamiento armonizado a nivel europeo, reforzar la seguridad jurídica y adaptar los mecanismos existentes a los avances tecnológicos y sociales, incluyendo el uso de nuevos vehículos de movilidad personal. A estos efectos, se introducen dos reformas fundamentales de la Ley 20/2015, de 14 de julio, *de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*: a) La inclusión de un control continuo sobre la idoneidad de quienes ejercen funciones de dirección efectiva en entidades aseguradoras, permitiendo a la DGSyFP su cese o suspensión en caso de incumplimiento. b) La creación de los planes preventivos de recuperación, cuyo objetivo es mejorar la capacidad de las aseguradoras para anticiparse y reaccionar ante riesgos financieros significativos. Estas medidas responden a recomendaciones del Consejo de Estabilidad Financiera y de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS), reforzando la capacidad del sistema para enfrentar potenciales crisis sin comprometer la estabilidad financiera.

La entrada en vigor de estas modificaciones normativas de articula en tres fases: 1ª) Lo dispuesto en el art. 2.7 párrafos 2º, 3º y 4º del TRLRCSCVM (en relación con la certificación acreditativa de los siniestros de los que se derive responsabilidad civil acaecidos en los últimos cinco años que deben emitir las entidades aseguradoras), se aplica ya a partir del 26 de julio de 2025. Si es posterior, a partir de la fecha de aplicación de la normativa europea que especifique el contenido de la certificación acreditativa de los siniestros de los que se derive responsabilidad frente a terceros. 2ª) La actualización de las indemnizaciones conforme al IPC se aplica a partir del 1 de enero de 2026. 3ª) Las modificaciones del sistema para la valoración de los daños y perjuicios se aplican a los accidentes de circulación ocurridos tras la entrada en vigor de esta Ley (el 26 de julio de 2025). 4ª) El seguro obligatorio de responsabilidad civil específico para «vehículos personales ligeros», no incluidos en el concepto legal de «vehículo a motor» -pendiente de un desarrollo reglamentario, cuya propuesta se encomienda a la Comisión de Seguimiento de Valoración- entra en vigor el 2 de enero de 2026. Se concede así un plazo de seis meses, sin perjuicio de su posible desarrollo reglamentario previo, tras el cual las entidades aseguradoras deberán ofrecer y los propietarios contratar el seguro obligatorio de

responsabilidad civil de estos vehículos. Hasta entonces, unos y otros pueden ofrecer cobertura y contratarla a través de pólizas de seguro de responsabilidad civil general o como coberturas específicas de seguros del hogar. Este plazo de seis meses también resulta de aplicación para el seguro de los daños causados por vehículos a motor durante su fabricación y transporte como mercancía. Durante este período transitorio, los propietarios no podrán ser sancionados por la falta de suscripción del seguro y se les considera como vehículos a motor no asegurados, por lo que las indemnizaciones a los perjudicados estarán cubiertas por el Consorcio de Compensación de Seguros, sin perjuicio de la facultad de éste de repetir contra los responsables civiles del siniestro, una vez haya pagado la indemnización al perjudicado.

2. Modificación de los conceptos normativos de «vehículo a motor» y «hecho de la circulación»

La Ley 5/2025, de 24 de julio, incorpora al Derecho español las modificaciones establecidas por la Directiva (UE) 2021/2118. Para ello se amplía la definición de «vehículo a motor» (art. 1.bis.1 TRLRCSCVM) a aquellos que, aún no teniendo autorización administrativa para circular, superen ciertos umbrales de peso y/o velocidad (velocidad superior a 25 km/h o peso neto superior a 25 kgs y velocidad máxima de fabricación superiora a 14 km/h). La definición de vehículo a motor se extiende así a nuevas categorías, incluyendo aquellos con características específicas de velocidad y peso, lo que implica la obligatoriedad de seguro para estos vehículos de movilidad personal (VMP) como es el caso significativo de los patinetes eléctricos. Hasta esta reforma, «vehículos a motor» eran aquellos susceptibles de requerir autorización administrativa para circular (vehículos susceptibles de ser matriculados) determinados en la legislación de tráfico (art. 59 Ley de Tráfico y Seguridad Vial; de conformidad con las previsiones de los arts. 1 y 4 de la Directiva del Consejo de 24 de abril de 1972): certificado oficial (ITV) para los vehículos automóviles y certificado de características técnicas para los ciclomotores.

Además, la Ley 5/2025 modifica otro concepto clave como es el «hecho de la circulación» para abarcar usos típicos del vehículo como medio de transporte, independientemente de si se encuentra en movimiento o parado. El nuevo concepto de «hecho de la circulación» abarca cualquier uso del vehículo conforme a su función de transporte en el momento del accidente, eliminando interpretaciones restrictivas y, en

particular, la realización de tareas industriales o agrícolas por vehículos a motor especialmente destinados para ello. Se sigue excluyendo el uso deliberado (doloso) para causar daños (si bien, como sabemos, la doctrina jurisprudencial excluye la oponibilidad del dolo frente a la reclamación del tercero perjudicado). Asimismo, se mantiene la exclusión expresa del concepto de «*hecho de la circulación*» los usos en eventos o pruebas deportivas en circuitos especialmente diseñados al efecto o habilitados para estas actividades y desplazamientos en zonas restringidas de puertos y aeropuertos; de manera que, en estos dos supuestos, tampoco rige la obligación de aseguramiento obligatorio del automóvil, si bien sí existe una obligación de contratar un seguro, aval o garantía financiera que ofrezca determinadas coberturas a terceros perjudicados, cuyos importes son diferentes en función de si se trata de daños a personas o daños a los bienes. Además, en caso de optar por una cobertura aseguradora, lo será a través de un seguro de responsabilidad civil, que deberá ser específico y no podrá incluir ni franquicias, ni sublímites de indemnización.

La nueva normativa plantea la cuestión de la concurrencia de eventos dañosos que cumulativamente serían objetivamente subsumibles en las calificaciones de hecho de la circulación y de accidente de trabajo (daños al propio trabajador o daños de un trabajador a otro, en el marco de actividades industriales o agrícolas) y la concurrencia de una responsabilidad civil por hecho de la circulación y de una responsabilidad civil empresarial. La necesaria distinción afectaba tanto al régimen sustantivo como a la determinación de la jurisdicción competente para conocer de la reclamación. Con la normativa vigente hasta la fecha se planteaba la dificultad de la calificación y, en muchas ocasiones, el ejercicio de acciones de repetición de la aseguradora que haya indemnizado al perjudicado contra la aseguradora del SOA o la que cubra la responsabilidad civil de explotación del empresario, según los casos. Pues bien, tras la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por la Ley 5/2025, los siniestros ocasionados por vehículos a motor en el curso de actividades industriales o agrícolas deben calificarse (y, en consecuencia, tramitarse) como accidentes de circulación y no como supuestos de responsabilidad civil empresarial.

Para poner de manifiesto la relevancia de estas modificaciones normativas hemos de partir de la premisa de conformidad con la cual para que estemos ante un accidente de circulación y, en consecuencia, resulte de aplicación el elenco normativo regulador de la

responsabilidad civil y seguro en este ámbito, es necesario que, cumulativamente concurra un *vehículo automóvil* y un *hecho de la circulación*.

Estas modificaciones de los conceptos normativos de «*vehículo a motor*» y «*hecho de la circulación*» que se recogían en el *Reglamento del Seguro Obligatorio del Automóvil* (RD 1507/2008), están en línea con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para ofrecer mayor protección a las víctimas. En cuanto al concepto de «*vehículo a motor*», la STJUE de 4 de septiembre 2014 (caso *Vnuk*) señala que el concepto de vehículo se precisa en el art. 1, número 1, de la Primera Directiva, según el cual debe entenderse por «*vehículo*» en el sentido de esta Directiva «*todo vehículo automóvil destinado a circular por el suelo, accionado mediante una fuerza mecánica y que no utiliza una vía férrea, así como los remolques, incluso no enganchados*»; siendo necesario que tenga su estacionamiento habitual en el territorio de un Estado miembro de la UE; sin perjuicio de que, en aplicación del artículo 4, letra *b*), de la derogada Primera Directiva, cada Estado miembro pudiese establecer excepciones a lo dispuesto en el art. 3 de ésta en lo que se refiere a ciertos tipos de vehículos o ciertos vehículos que tengan una matrícula especial, cuya relación se determinará por este Estado, notificándose al resto de los Estados miembros y a la Comisión. En cuanto a la ampliación jurisprudencial del concepto de «*hecho de la circulación*», la STJUE de 21 de junio de 2019 (asunto C-100/18), en un supuesto de incendio de un vehículo que lleva más de 24 hs estacionado en un garaje privado de una vivienda y que arde, provocando un incendio cuyo origen está en el circuito eléctrico del vehículo, consideró que está comprendido en el concepto de «*circulación de vehículos*» de la Directiva relativa al seguro de RC de vehículos automóviles. Por su parte, la STJUE, de 15 de noviembre de 2018 (asunto C-648/17) declaró que el art. 3 de la Directiva 72/166, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «*circulación de vehículos*» a que se refiere dicha disposición comprende una situación en la que el pasajero de un vehículo estacionado en un aparcamiento, al abrir la puerta de ese vehículo, golpea y daña el vehículo que se halla estacionado a su lado.

Por otra parte, la reforma introduce nuevos controles para verificar el efectivo cumplimiento de la obligación de aseguramiento obligatorio utilizando nuevas tecnologías como el reconocimiento de matrículas, garantizando la no discriminación y la privacidad de los datos. Se recoge el tratamiento de los datos para emitir las certificaciones de

antecedentes siniestros, y se pretende garantizar que las aseguradoras no discriminen a los titulares de pólizas por su nacionalidad, residencia anterior o lugar de expedición de la certificación.

3. Recomendaciones del «Informe razonado» y reforma del sistema de reclamación previa y de la valoración de daños personales

En cumplimiento de la Ley 35/2015 y el mandato legal de la *Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración*, se incorpora, a través de la reforma que nos ocupa, una parte sustancial de las cincuenta recomendaciones del *Informe Razonado* publicado en 2020. Estas recomendaciones incluyen aspectos procedimentales, médicos, sustantivos y actuariales.

Entre las reformas destacadas está la sustitución del índice de revalorización de las pensiones (IRP) por el IPC -las cuantías indemnizatorias se actualizarán anualmente conforme al IPC, tratando de asegurar así el mantenimiento de su valor real-, la mejora de las reglas para el cálculo del lucro cesante, especialmente en colectivos como personas dedicadas a tareas del hogar, y el aumento de los importes indemnizatorios en casos de fallecimiento, secuelas y lesiones temporales. Se refuerza la posibilidad de acudir a los Institutos de Medicina Legal, se regula la libre elección de centro hospitalario y el derecho al reembolso, y se refuerzan las garantías de los procedimientos extrajudiciales mediante ofertas motivadas más transparentes; al tiempo que se clarifica que *perjudicado* es toda persona con derecho a indemnización por daños causados por un vehículo.

En el ámbito de la tramitación de las reclamaciones por parte de los perjudicados, a partir de ahora en el procedimiento extrajudicial, la reclamación no requerirá estar cuantificada, al tiempo que se garantiza el acceso gratuito y accesible a atestados e informes sobre las circunstancias del accidente para las víctimas. En la oferta y respuesta motivada por parte de la entidad aseguradora, el informe médico pericial definitivo deberá cuantificar de forma precisa la indemnización y, en caso contrario, no se podrá aportar posteriormente en el procedimiento, al tiempo que se concede un plazo máximo de tres meses para el reconocimiento por los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses y de un mes para la elaboración del informe. Se establece expresamente que los atestados policiales deben ser gratuitos. Los perjudicados podrán solicitar informe forense tanto con oferta motivada como con respuesta motivada. La valoración pericial se la remitirá la compañía al forense.

El plazo de tres meses de respuesta/oferta se establece que será tanto para daños personales, como para daños en los bienes. Los servicios médicos de la compañía aseguradora tienen que proporcionar el informe al perjudicado y a la compañía aseguradora. Si la aseguradora no aporta al perjudicado el informe pericial en que se basan, precluye la posibilidad de su ulterior aportación en el seno del procedimiento judicial.

Se contempla que se deberá comunicar a la entidad aseguradora el inicio de un procedimiento penal, que se equiparará a la reclamación extrajudicial previa y no será necesario reclamación extrajudicial previa cuando el procedimiento se inicie de oficio.

En las indemnizaciones por fallecimiento, secuelas y lesiones temporales se introducen mejoras, se clarifican conceptos y se aumentan algunas indemnizaciones, incluyendo el cálculo de ingresos para que no sea inferior al salario mínimo interprofesional.

Se modifica la protección de los herederos de las víctimas en el caso de lesionados que fallecen antes de fijarse la indemnización. A los efectos de la determinación del multiplicando, cómo se calcula el cómputo de ingresos de trabajo personal o en situación de desempleo en casos de fallecimiento o secuelas, respectivamente, para que en ningún caso dicho cómputo de ingresos sea inferior al salario mínimo interprofesional.

Se mejoran los aspectos relacionados con el baremo médico, el tratamiento de gastos médicos futuros de lesionados graves y se reconoce la libertad de elección de centro sanitario. con derecho a ser posteriormente reembolsado por la aseguradora del vehículo responsable del accidente. Asimismo, se matizan aspectos de las tablas, se incrementa el porcentaje de perjuicio por lucro cesante en caso de incapacidad total para mayores de cincuenta años, y se incluyen tablas simplificadas para casos de incapacidad y fallecimiento en personas dedicadas a tareas del hogar.

Se incorporan unas tablas específicas simplificadas para los casos de incapacidad absoluta y total y fallecimiento, que permiten acreditar el lucro cesante, y se suprime el límite del mes de indemnización del lucro cesante en caso de curación sin secuelas o con secuelas iguales o inferiores a tres puntos.

En el caso de las lesiones temporales, se reconocen los síntomas persistentes que subsisten tras la estabilización. Para las secuelas o lesiones permanentes, se amplían los importe de los daños morales y se introducen mejoras en la valoración del lucro cesante,

incluyendo tablas específicas para dedicación exclusiva a tareas del hogar o para jóvenes sin acceso al mercado laboral. En casos de fallecimiento, se amplía la asistencia psicológica a familiares (doce meses) y se incrementan las indemnizaciones por fallecimientos simultáneos o la pérdida del feto tras treinta y dos semanas de gestación. Para las personas que estuvieran percibiendo prestaciones por desempleo en los tres años anteriores al fallecimiento, se incorpora que el ingreso mínimo que siempre se tendrá en cuenta será un salario mínimo interprofesional anual.

En cuanto a la protección a las víctimas de accidentes causados por vehículos asegurados en entidades aseguradoras insolventes dentro del Espacio Económico Europeo, el CCS y OFESAUTO asumirán la indemnización en estos casos.

4. Protección de datos personales

La Ley 5/2025, añade un nuevo título (el V) al TRLRCSCVM sobre al tratamiento de datos personales en el ámbito del seguro de automóviles. Con la incorporación de este nuevo Título V se clarifican los principios aplicables en el tratamiento de datos personales derivados de la contratación, vigencia y gestión del seguro obligatorio y de los controles tecnológicos. Se garantiza la compatibilidad de la normativa sectorial con el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD), la Ley Orgánica 3/2018 y la normativa específica del sector asegurador; con una previsión específica en relación con el tratamiento de los datos de salud en los supuestos de siniestro.

Asimismo, se establecen garantías específicas sobre el uso de tecnologías de control como el reconocimiento automático de matrículas, limitándose el tratamiento de datos a lo estrictamente necesario y prohibiendo su conservación una vez verificada la existencia del seguro obligatorio. Además, se prevén medidas de seguridad adecuadas para garantizar los derechos del titular de los datos personales objeto de tratamiento interesado.

5. Modificación de la LCS: el seguro de vida de persona con discapacidad

La DF 2ª de la Ley 5/2025 modifica el art. 83 de la LCS relativo al seguro de vida. Fruto de esta reforma, el inciso segundo del párrafo 6º del art. 83 LCS dispone que «*si el asegurado es una persona con discapacidad, será necesaria igualmente la autorización por escrito de la persona que ejerza la medida de apoyo representativa*». La principal cuestión que suscita esta previsión normativa, a tenor de la cual, en el caso del seguro de vida, si el asegurado es una persona con discapacidad, la validez del seguro se supedita a

la concurrencia de una autorización por escrito (*rectius*, el consentimiento prestado en forma escrita) de la persona que ejerza las medidas de apoyo representativas de la persona asegurada con discapacidad, radica en que, en la mayor parte de los supuestos la persona con discapacidad carecerá de estas medidas de apoyo representativas, puesto que la regla general es que las medidas de apoyo no tengan este carácter. Tras la reforma del sistema de capacidad de obrar por la Ley 8/2021, las medidas de apoyo representativas (aquellas en que el apoyo actúa en nombre de la persona con discapacidad, representándola) se aplican solo cuando no sea posible el apoyo en el ejercicio de la capacidad con medidas voluntarias o asistenciales no representativas, lo que constituye la regla general. La excepción es la constituida por las medidas de apoyo representativas, encarnadas fundamentalmente en la llamada curatela representativa regulada en los arts. 268 y ss. del CC, cuya constitución requiere una resolución judicial motivada en la que se justifique la imposibilidad de medidas menos restrictivas de la capacidad de obrar (esto es, las no representativas), configurándose así normativamente como una medida excepcional en virtud de la que el curador puede asumir funciones de representación de la persona con discapacidad cuando esta no pueda realizar, con plena validez, por sí misma determinados actos y negocios con transcendencia jurídica, debiendo establecerse de forma específica, con carácter temporal o revisable. La interpretación adecuada de esta norma, si se pretende respetar el espíritu y la finalidad de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 (criterios hermenéuticos preponderantes *ex art. 3.1, in fine*, CC), es que si el asegurado con discapacidad no requiere una medida de apoyo representativa -una curatela presentativa- la validez del seguro de vida en el que tienen la condición de asegurado, solo requerirá la prestación de su consentimiento negocial.

El art. 287.9º CC, fruto de la Ley 8/2021 e inspirado en el Derecho suizo (art. 416.1 CC suizo), contempla expresamente que el curador de la persona con discapacidad que requiera medidas de apoyo precisa, en todo caso, autorización judicial para «*celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria*», lo que supone el reconocimiento normativo expreso de que, tras la entrada en vigor de la meritada reforma (el día 3 de septiembre de 2021), las personas con discapacidad que necesiten medidas de apoyo podrán concertar seguros de vida (de renta vitalicia y análogos), sin perjuicio de la

necesidad de contar con la previa autorización judicial, tanto para la celebración del contrato, como para la modificación de las condiciones contractuales y la designación de los beneficiarios. El límite que se establece en este precepto codicial a efectos de requerir la previa autorización judicial para autorizar la contratación y, de acuerdo con lo dicho, la novación o modificación del contrato de seguro de vida, está constituido por el hecho de que requiera “*de inversiones o aportaciones extraordinarias*”, lo que debe ser valorado de manera individual y en relación con el patrimonio del tomador en situación de discapacidad, obligado al pago de la prima y que tendrá una especial aplicación en la contratación de seguros de vida de prima única. La razón de ser de esta norma limitativa es clara: celebrados estos contratos por un representante del discapacitado sin ningún tipo de control, fácilmente pueden albergar conductas abusivas e incluso fraudulentas. En cuanto al procedimiento para obtener la autorización judicial, éste es el regulado en el Título II del Capítulo VIII de la LJV, con la precisión que resulta del art. 290 CC y que impone la obligatoriedad de oír al Ministerio Fiscal. En cuanto a las consecuencias jurídicas vinculadas a la contratación del seguro de vida por el curador representativo del discapacitado sin mediar la previa autorización judicial, contemplada como una norma imperativa, no están expresamente previstas en la norma, lo que permite argumentar la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico concertado infringiendo la misma y, con mejores argumentos desde la perspectiva de la tutela de los intereses en juego del discapacitado la posibilidad del ejercicio de anulación del mismo, a instancia exclusiva de éste. Esta solución puede argumentarse sobre el tenor literal de los arts. 1301 CC y 6 LJV, así como sobre la doctrina que resulta de la STS, Pleno, de 10 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:56). En todo caso, este límite no está contemplado en la redacción vigente del art. 83 LCS, para el caso del seguro de vida, tras su reforma por la DF 2ª de la Ley 5/2025.

CONTRATOS DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD Y GAS. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL MERCADO PARA LOS CONSUMIDORES Y SU SOLUCIÓN MEDIANTE ARBITRAJE DE CONSUMO

Electricity and gas supply contracts. Problems posed by the market for consumers and their solution through consumer arbitration

MARÍA TERESA ÁLVAREZ MORENO

mtalvare@ucm.es

Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense - Madrid

Cómo citar / Citation

Álvarez Moreno, M^a. T. (2025).

Contratos de suministro de electricidad y gas. Problemas que plantea el mercado para consumidores y su solución mediante arbitraje de consumo.

Cuadernos de Derecho Privado, 12, pp. 13-55

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.79>

(Recepción: 12/08/2025; aceptación: 03/09/2025; publicación: 03/09/2025)

Resumen

En el presente trabajo se analizan las cuestiones más relevantes y que ocasionan mayor litigiosidad en los contratos de suministro de gas y electricidad con los consumidores, que se han planteado a través del arbitraje de consumo, realizando una visión global y sistematizada de las mismas, y planteando las posibles soluciones jurídicas.

Palabras clave

Consumidores; suministro eléctrico; suministro de gas; sectores regulados; arbitraje de consumo.

Abstract

This paper analyzes the most relevant issues that give rise to the most litigation in gas and electricity supply contracts with consumers, which have been raised through consumer arbitration, providing a comprehensive and systematic overview of these issues and proposing possible legal solutions.

Keywords

Consumers; electricity supply; gas supply; regulated sectors; consumer arbitration.

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO. II. MARCO NORMATIVO. III. OFERTAS PÚBLICAS DE SOMETIMIENTO A ARBITRAJE: III.1.- Eliminación de las ofertas limitadas. III.2.-

Sumisión a arbitraje en derecho o en equidad. IV.- OFERTA Y CONTRATO: IV.1.- El mercado de suministro energético. IV.1.1. Mercado libre. IV.1.2. Mercado regulado. IV.2. Información, celebración y forma del contrato. IV.3. Contenido del contrato. IV.3.1. Sujetos. IV.3.2. Objeto: precio y otras cuestiones: 1) Precio. 2) Autoconsumo. 3) Servicios accesorios. 4) Lugar: punto de suministro y CUPS. 5) Contenido mínimo del contrato. IV.4. Condiciones generales del contrato. IV.4.1. Interpretación de condiciones generales y particulares. IV.4.2. Control de inclusión. IV.4.3. Cláusulas no transparentes. IV.4.4. Cláusulas abusivas. IV.5. Desistimiento del contrato. V. RENOVACIÓN DEL CONTRATO. VI. SERVICIOS ACCESORIOS. VII. FACTURACIÓN EXCESIVA Y RETRASOS EN FACTURACIÓN: VII.1. Lecturas estimadas y regularización. VII.2. Mal funcionamiento de contador. VII.3. Retrasos en la facturación. VIII. Breve referencia a la manipulación de contadores. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO

Agua, gas y electricidad son bienes esenciales y necesarios para el desarrollo de la vida cotidiana¹. Para garantizar el suministro de estos servicios de interés general a las personas, se regula el mercado y el acceso a los mismos, lo que no impide que se contrate su suministro, en el seno de estos sectores regulados. No vamos a efectuar un estudio de todo el mercado² y de los distintos sujetos intervinientes, sino que nos centramos en el contrato de suministro³ concertado entre las comercializadoras y los consumidores, para el suministro de gas y electricidad⁴.

II. MARCO NORMATIVO

Existe un maremágnum normativo, de distinto rango, tanto en el sector eléctrico como en el de hidrocarburos. De esta miríada de normas, destaca con carácter general, el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, mediante el que se aprueba la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLCU), dado que se trata de contratos con consumidores, por lo que será de aplicación esta norma, especialmente en la regulación de los contratos, (arts. 60 y ss. y sobre todo arts. 92 y ss. relativos a los

¹ DÍAZ ALABART, S. (2022, p. 29).

² Al tratarse de mercados regulados, han sido profundamente estudiados por los administrativistas. En este sentido *cfr.* JOVER GÓMEZ-FERRER, J.; TARLEA JIMÉNEZ, R. y GIL-CASARES CERVERA, C. (2021). AGUADO PALANCO, J.M. *et alt.* (2008); BECKER, F; CAZORLA, L.; MARTÍNEZ SIMANCAS, J. y SALA, J.M. (2009).

³ Sobre el contrato de suministro, *cfr.* MOLINS SANCHO (2022). Para los conceptos, pero desactualizado con respecto a la normativa vigente, puede verse FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, L. (1992).

⁴ Dejamos fuera el estudio del contrato de suministro de agua, que tiene una normativa algo diferente, y en el seno del cual, los mayores problemas que se plantean para los consumidores proceden bien de la recepción de una o varias facturas muy elevadas con respecto al consumo habitual, de fugas, de lecturas estimadas de contador, o de malfuncionamiento de los equipos de medida.

contratos a distancia, así como los artículos 80 y ss. dedicados a la protección del consumidor contra las cláusulas abusivas).

En cuanto a la regulación sectorial de los suministros, el punto de partida es la Ley del Sector Eléctrico, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre (en adelante, LSE); así como la Ley del Sector Hidrocarburos: Ley 34/1998, de 7 de octubre (en adelante, LSH).

En ambas normas se prevé la resolución de conflictos mediante el sistema arbitral de consumo. En este sentido, el art. 43.4 LSE establece que reglamentariamente se prevea la posibilidad de acudir al sistema arbitral de consumo. Por su parte, el art. 57 bis LSH, apartado j concede el derecho a los consumidores a *“Disponer de procedimientos para tramitar sus reclamaciones”*. (...) *Tales procedimientos de solución extrajudicial permitirán la resolución equitativa y rápida de los litigios, preferiblemente en un plazo de tres meses y contemplarán, cuando esté justificado, un sistema de reembolso y/o compensación”*. *“Siempre que sea posible, los procedimientos en cuestión se ajustarán a lo dispuesto en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, como es el Sistema Arbitral de Consumo”*.

Aunque este precepto se refiere también al sistema interno de reclamaciones por parte de las comercializadoras, no debe olvidarse que la Ley 7/2017⁵ exige, en su art. 18.1.a, como requisito de admisibilidad de las reclamaciones, que el consumidor se haya puesto en contacto con el empresario para tratar de resolver el asunto, y en todo caso, cuando el empresario en el plazo de un mes no haya comunicado su decisión al respecto. E igualmente la Disposición Adicional 7ª de la LO 1/2025⁶ exige también la reclamación extrajudicial previa como requisito de procedibilidad en el ámbito judicial.

Además de estas leyes, debemos tomar en consideración otras normas reglamentarias, de desarrollo de esta materia, entre las que deben citarse prioritariamente:

⁵ Ley 7/2017, de 2 de noviembre por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

⁶ LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

- RD 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.
- RD 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.

Estos dos Reales Decretos presentan el desarrollo legal de la normativa, y son esenciales para resolver la mayoría de los problemas que se plantean. No obstante, también deben tomarse en cuenta otras normas con una incidencia más tangencial o específica, como, por ejemplo:

- El RD 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y acceso a las redes en baja tensión.
- RD 1110/2007, de 24 de agosto, sobre el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico.
- RD 1718/2012, de 28 de diciembre, por el que se determina el procedimiento para realizar la lectura y facturación de los suministros de energía en baja tensión con potencia contratada no superior a 15 kw.
- RD 216/2014, de 28 de marzo, sobre cálculo de precios voluntarios y régimen de contratación.
- RD 897/2017, de 6 de octubre, sobre la figura del consumidor vulnerable.

Para complementar esta regulación administrativa hay que tener en cuenta además:

- Las resoluciones de la CNMC⁷, como, por ejemplo, la Resolución del procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante de la CNMC en relación con el significativo incremento de cambios de comercializador de electricidad sin consentimiento, como consecuencia de selección errónea del código CUPS del punto de suministro, (DJV/DE/005/22) de 28 de febrero de 2023.

⁷ CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

- Las Órdenes Ministeriales o Resoluciones para la fijación de las tarifas de último recurso: así, por ejemplo, para esta anualidad, la Orden TED/1487/2024, de 26 de diciembre, por la que se establecen los precios de los cargos del sistema eléctrico para el ejercicio 2025 y por la que se aprueba el reparto de cantidades a financiar relativas al bono social y al coste de suministro de electricidad a los consumidores a que hacen referencia los arts. 52.4.j y 52.4.k de la Ley 24/2013 del Sector eléctrico, correspondiente al año 2025. O la Resolución de 26 de diciembre de 2024, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural.

III. OFERTAS PÚBLICAS DE SOMETIMIENTO A ARBITRAJE

III.1. Eliminación de las ofertas limitadas

Hasta que el nuevo RD 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo ha vetado las ofertas de adhesión limitadas, muchas de las comercializadoras realizaban así su adhesión al sistema arbitral de consumo (en adelante RDSAC)⁸. El actual art. 24 RDSAC, en su apartado 3º obliga a que: *“La oferta pública de adhesión será única, se entenderá realizada a todo el Sistema Arbitral de Consumo, sin limitaciones, y abarcará todas las actividades que desarrolle el empresario bajo el mismo número de identificación fiscal, nombre comercial o marca”*. Por lo tanto, para las nuevas ofertas de adhesión no cabe limitación alguna y abarca a todas las actividades de la empresa.

Para la adhesión en vigor al aprobar el nuevo RDSAC, tal como prevé la Disposición Transitoria Única en su apartado 3º se ha obligado a las comercializadoras a adecuarse a la normativa, o a tener por no puestas las limitaciones de la oferta de adhesión, salvo denuncia expresa por el empresario⁹. La eliminación de la posibilidad por parte de los empresarios de limitar las ofertas provocó inicialmente el temor de que las comercializadoras abandonaran el sistema arbitral, pero tras el transcurso del período

⁸ Con anterioridad a la publicación del nuevo RDSAC el Ministerio había recogido 68 Ofertas de empresas que se adherían al arbitraje de consumo sin limitación, entre ellas algunas comercializadoras muy conocidas como Repsol, o MasqueLuz 2020, u HolaLuz.

⁹ *“Salvo denuncia expresa del empresario”*, dicho término implica que el empresario abandona el sistema arbitral.

transitorio tras su entrada en vigor, las comercializadoras permanecen en el sistema arbitral.

Pese a todo, quedan algunos resquicios de dichas ofertas limitadas. Examinemos cómo eran estas ofertas y lo que puede todavía resultar aplicable, pese a haberse eliminado la posibilidad de limitación.

Las ofertas limitadas pueden ser de tres tipos: por **materias**, por **cuantía**, por el **ámbito territorial**. Veamos en cada caso, si pueden o no subsistir ciertas limitaciones en algún sentido.

A) **Por materias**: Las ofertas limitadas solían excluir cuestiones relacionadas:

1º- Con obligaciones de la distribuidora (como altas y bajas del punto de suministro, medición y lectura de contadores, accesos a la red, calidad de suministro, interrupción del suministro, etc.)¹⁰. El problema se deriva de que la distribuidora es una empresa diferente (aunque sea del mismo grupo empresarial) de la comercializadora¹¹, y las distribuidoras no están sometidas a arbitraje, y además, el consumidor sólo contrata con la comercializadora, y no con la distribuidora¹². Como el consumidor sólo tiene contrato con la comercializadora, podrán resolverse por arbitraje todas las cuestiones que la comercializadora recibe de la distribuidora y repercute al consumidor, como los supuestos relativos a la medición y lectura de contadores.

En otros casos, se tratará de cuestiones reguladas administrativamente, como la calidad del suministro, que es responsabilidad directa de las distribuidoras, aunque en tal caso, se prevén normativamente las reducciones o compensaciones aplicables¹³.

¹⁰ Contaban con limitaciones en este sentido, algunas ofertas de adhesión como, por ejemplo, Curenergía comercializadora de último recurso, o EDP, o Iris Energía Eficiente SA.

¹¹ Sobre la separación de actividades e intereses en el mercado de la energía, véase, por ejemplo: TARLEA JIMÉNEZ, R. (2021, pp. 319 y ss.). Y sobre el papel de las comercializadoras, cfr. TARLEA JIMÉNEZ, R. (2021, pp. 399 y ss.)

¹² Para altas y bajas es posible que el consumidor contrate directamente con la distribuidora, en cuyo caso, podrá reclamar directamente a ésta, pero sin acceso a la vía arbitral de consumo.

¹³ El art. 86.1 párrafo último LSH insta a distribuidores y comercializadores a promover la incorporación de tecnologías avanzadas en la medición y para el control de la calidad del suministro de combustibles gaseosos. En su apartado 3º, se indica que “*si se constata la baja calidad del servicio individual, se aplicarán las reducciones en la facturación abonada por los usuarios, de acuerdo con el procedimiento reglamentariamente establecido al efecto*”.

En cambio, el art. 51.2 LSE encarga esta promoción de incorporación de tecnologías avanzadas para la medición y el control de la calidad del suministro eléctrico “en particular” a “las distribuidoras”, estableciendo del mismo modo, en su apartado 5º del art. 51 LSE que reglamentariamente se establecerá el procedimiento para las reducciones que deban aplicarse en caso de una calidad del servicio individual inferior a la exigible.

Aunque las distribuidoras no se adhieren a arbitraje de consumo, en la medida de lo posible, y siempre que intervenga la comercializadora, repercutiendo los conceptos o las facturas al consumidor, se intentan resolver mediante arbitraje de consumo, las controversias que puedan plantearse, con el límite de que el sometimiento a arbitraje de consumo es voluntario, y no pueden imputarse los efectos a quien no es parte en el mismo, pero sí cabe pronunciarse sobre las facturas y cuantías emitidas por la comercializadora, aunque los conceptos incluidos sean responsabilidad de la distribuidora, siempre que se trate de cuestiones de libre disposición para las partes conforme a derecho¹⁴.

2º- Con el bono social, y la aplicación de la normativa estatal sobre pobreza energética¹⁵. Al tratarse de contenido regulado administrativamente es una cuestión indisponible para las partes, por lo que, aunque ya no exista limitación en las ofertas de adhesión, el Colegio no puede entrar sobre ello por estar excluido del ámbito objetivo del arbitraje de consumo (*ex art. 2.1 RDSAC*).

3º- Con daños causados por incidencias eléctricas¹⁶. Si se trata de cuestiones relativas a la calidad o la suspensión del suministro eléctrico, como se ha indicado con anterioridad, son materias excluidas de la libre disposición de las partes, por lo que debe aplicarse la regulación administrativa prevista (*v.gr.*, arts. 51 y 52 LSE que regulan específicamente dichas cuestiones, remitiendo a la normativa administrativa de desarrollo).

4º- Con instalaciones y su financiación. Esta cuestión no puede ya excluirse de las ofertas de adhesión, por lo que el Colegio Arbitral puede resolver cualquier cuestión relativa a las mismas.

5º- Con daños, y particularmente los derivados de responsabilidad extracontractual¹⁷. Estas limitaciones han quedado eliminadas con el nuevo RDSAC, por lo que se puede resolver mediante arbitraje y entrar en el conocimiento de los daños contractuales o extracontractuales que hayan podido ocasionarse al consumidor en el seno del contrato de suministro.

Sobre las consecuencias del incumplimiento de la calidad del servicio individual, véase respectivamente lo dispuesto en el art. 105 RD 1955/2000, y el art. 63.2 RD 1434/2002.

¹⁴ Lo que excluye las cuestiones reguladas administrativamente como la suspensión o la calidad del suministro, que no son de libre disposición.

¹⁵ Por ejemplo, Naturgy excluía esta cuestión en su oferta de adhesión.

¹⁶ Lo excluía de la oferta de adhesión Nabalia Energía, por ejemplo.

¹⁷ Por ejemplo, lo excluían algunas comercializadoras como Gas and Power, o Naturgy.

6º - Endesa incluía como limitación¹⁸ por razón de la materia en su oferta de adhesión, los servicios accesorios al suministro (como, por ejemplo, los servicios de mantenimiento), porque desde febrero de 2021 se prestaban por una empresa diferente del grupo, creada *ad hoc*, la empresa Endesa X.

En la actualidad no es posible oponer esta limitación, pero sigue siendo operativa de facto, porque Endesa X no está adherida a arbitraje de consumo, y el art. 24.3 RDSAC estipula que sólo podrán resolverse las controversias derivadas de “*las actividades que desarrolle el empresario bajo el mismo número de identificación fiscal, nombre comercial o marca*”. Al tener nombre y CIF diferentes, no pueden resolverse las cuestiones relativas a contratos de mantenimiento prestados por Endesa X, salvo que se contrate conjuntamente con el contrato de suministro, y para el consumidor se trate de una única operación (por ejemplo, porque su contratación supone la aplicación de un porcentaje de descuento sobre los conceptos del suministro) o cuando se facturan conjuntamente, inclusive aunque sean prestados por compañías diferentes.

Para concluir este apartado, además de las consideraciones efectuadas, debe tenerse en cuenta que las comercializadoras someten a arbitraje todas las cuestiones que son de su competencia, como contratación, facturación, cobro, atención personal recibida por el cliente, etc., en el marco, como se ha mencionado anteriormente de todas las actividades que desarrolle el empresario bajo el mismo número de identificación fiscal, nombre comercial o marca.

B) Por cuantía:

Algunas comercializadoras excluían las reclamaciones superiores a una cierta cuantía¹⁹, pero estos topes han quedado eliminados en virtud del art. 24.3 y la Disposición Transitoria Única, apartado 3º RDSAC.

C) Por ámbito territorial de sumisión:

¹⁸ Cuando esta limitación estaba en vigor, planteaba muchas dudas sobre su posible excepción e inaplicabilidad, dado que, si el contrato se celebraba conjuntamente y se pasaba al cobro en el mismo recibo, el Colegio arbitral podía entrar en la reclamación, porque de otro modo, el consumidor quedaba inerte ante la sociedad Endesa X que no está adherida al arbitraje.

¹⁹ Por ejemplo, el máximo ascendía a la cuantía de 2.000 euros (como la comercializadora regulada Gas and power, o Electricidad Eleia), o de 3.000 Euros, como CHC comercializadora de referencia, o CIDE HC energía SA.

Hasta el nuevo RDSAC, las comercializadoras se adherían normalmente a las Juntas Arbitrales Autonómicas y a la Nacional²⁰. En la actualidad, terminado el período transitorio, el sometimiento al sistema arbitral es único y alcanza a todo el sistema, por lo que, las controversias serán resueltas conforme a las reglas de determinación de la competencia territorial, por la Junta Arbitral de consumo correspondiente (aplicando las reglas del art. 7 RDSAC).

III.2. Sumisión a arbitraje en derecho o en equidad

En cuanto a la sumisión a arbitraje en equidad o en derecho, no debe considerarse una limitación, sino que se trata de un modo de resolver. Es cierto que el arbitraje de consumo tradicionalmente se ha resuelto en equidad²¹. El art. 24.2 RDSAC permite que se indique en la oferta de adhesión si se opta por el arbitraje en derecho o en equidad, o indistintamente a elección del consumidor. Si no consta ninguna elección, la oferta se entenderá realizada en equidad. En definitiva, como opción subsidiaria, el sistema arbitral continúa manteniendo el arbitraje en equidad.

Resolver en equidad significa que toma relevancia lo que parece más justo al Colegio arbitral, lo más “equitativo”, aunque no se derive directamente de una norma legal.

Resolver en derecho significa fundamentar la decisión en el articulado y en la solución que la normativa da a esta cuestión, ya sea recurriendo a la normativa del CC (en materia de contratos), al TRLCU o a la normativa sectorial que resulte de aplicación al supuesto.

En todo caso, el art. 44.1 RDSAC exige que el laudo sea motivado, por lo que es aconsejable, en las consideraciones del laudo, incluir la referencia a los preceptos esenciales, sobre todo aquellos que establecen derechos de los consumidores u obligaciones de las partes. No hay que tener miedo a resolver en derecho, muy al contrario, se debería resolver siempre en derecho, argumentando conforme a la normativa aplicable, ya sea sectorial o general (de protección del consumidor, o de contratos). Es cierto que al juez se le presume el conocimiento del derecho, y que juzga conforme al

²⁰ Así lo hacían, por ejemplo, Endesa, Curenergía, o Energía XXI comercializadora de referencia, etc.

²¹ Ya desde el RD 636/1993, de 3 de mayo, que reguló por primera vez el arbitraje de consumo, y entonces de conformidad con la Ley de arbitraje en vigor, de 1988 (Ley 36/1988 de 5 de diciembre).

principio *iura novit curia*, pero también el Colegio arbitral debería aplicar siempre la normativa, y está obligado a ello si se trata de derechos imperativos concedidos al consumidor (así lo exige el art. 16 Ley 7/2017, para la resolución extrajudicial con solución vinculante, como es el arbitraje de consumo).

En relación con las distintas ofertas de adhesión en este ámbito, algunas comercializadoras como Iberdrola, Curenergía u Hola Luz-Clindom SA se someten a arbitraje en equidad, mientras que otras como Naturgy, Repsol o Total Energies se someten en derecho. Otras comercializadoras se someten en equidad o en derecho según la cuantía reclamada, como, por ejemplo, Endesa o Energía XXI que se someten a arbitraje de equidad hasta los 300 euros, y a partir de dicha cantidad requieren la resolución del arbitraje en derecho.

IV. OFERTA Y CONTRATO

IV.1. El mercado del suministro energético

El mercado energético comprende la producción, transporte y almacenamiento, distribución y comercialización de la energía eléctrica o los hidrocarburos. Para la contratación del suministro energético a particulares, los consumidores (o pequeña y mediana empresa) deben contratar con las comercializadoras. Los consumidores pueden contratar su suministro en el mercado libre o en el regulado. Aunque se contrate en el mercado libre, siempre existirán componentes regulados²² incluidos en el contrato. Las comercializadoras con las que se contrata son distintas en cada caso, y cada grupo empresarial ha creado una empresa para contratar en el mercado libre, y otra para contratar en el mercado regulado (denominadas comercializadoras de referencia).

Tanto en el mercado libre, como en el regulado, se deben sumar a las tarifas ofertadas, los cargos, peajes e impuestos especiales e IVA.

IV.1.1. Mercado libre

²² Esté sometido al mercado libre o regulado, determinados componentes están siempre regulados, como el precio del término fijo o de la potencia, o la financiación del bono social, o el llamado mecanismo ibérico durante el tiempo en que estuvo en vigor. Dichos componentes están fijados en la normativa estatal y se aplican a todo contratante de suministro (eléctrico o de gas, según se trate).

En el mercado libre, se eligen las tarifas, (en el caso del gas, dentro del rango de acceso correspondiente²³) y se paga por la potencia contratada y el consumo en el caso de la luz y por el término fijo y el variable (consumo realizado) en el caso del gas. Las comercializadoras presentan en libre competencia distintas tarifas, frente a otras comercializadoras, y con variedad de productos y precios para los consumidores. Este tipo de tarifas puede consistir en:

- Una cuota plana mensual, conforme al consumo habitual, que se calcula para un año, y que puede obligar o no al pago de los excedentes de consumo sobre el máximo anual previsto. Los excedentes se suelen pagar a un precio mucho más elevado que el habitual, que está indicado en el contrato. La regularización sobre el consumo, se produce a la finalización del año de contrato.

En algunas ofertas, no se indica la existencia de regularización, o incluso se puede contratar sin regularización anual. En tal caso, es habitual que los contratos se revisen con una periodicidad inferior al año, para reajustar la tarifa única según la evolución del consumo del consumidor.

- Una tarifa de precio de consumo único por kwh, las 24 horas del día.
- Una tarifa con precios de consumo segregados en función de la tarificación horaria, o bien con una serie de horas promocionadas.

4.1.2. Mercado regulado

En el mercado regulado, las tarifas se fijan reglamentariamente cada año, y van por segmentos de consumo, tanto en el suministro de luz como de gas. En este caso, el contrato de suministro eléctrico o de gas consiste en un contrato normado, que debe adaptarse a las tarifas indicadas reglamentariamente²⁴. La tarifa se determina por el

²³ En el caso del gas, todo consumidor, en mercado libre o regulado, es incluido en un grupo tarifario, en función del consumo que se haya efectuado durante el año gasístico anterior. El año gasístico es el consumo realizado entre octubre de un año y septiembre del año siguiente. Visto el consumo global, se clasifica al consumidor (y se le aplican las tarifas correspondientes al término fijo y al consumo de gas) conforme a los siguientes rangos: RL1 para un consumo hasta 5.000 kwh/año; RL2 para un consumo superior a 5.000 e inferior a 15.000 kwh/año; RL3 para consumos superiores a 15.000 y hasta 50.000 kwh/año. Para las comunidades de vecinos, sería aplicable la tarifa RL4 para un consumo superior a 50.000 e inferior a 300.000 kwh/año.

²⁴ En este ejercicio 2025, se aplican respectivamente los precios regulados previstos en la Orden TED/1487/2024, de 26 de diciembre, para los precios de electricidad y la Resolución de 26 de diciembre de 2024, de la Dirección General de Política Energética y Minas, para la tarifa de último recurso de gas natural.

consumo realizado en el año anterior²⁵. Los problemas vienen determinados por eventos extraordinarios (recuérdese Filomena²⁶) o por consumos que exceden el cálculo estimado, sobre todo si se salta al rango inmediato superior, que a veces implica una tarificación mucho más cara que la inicialmente contratada.

En el seno del mercado regulado, los consumidores vulnerables²⁷ (y los vulnerables severos) tienen la opción de contratar la tarifa de último recurso, y si obtienen el bono social tener descuentos sobre las tarifas de último recurso (conforme a los arts. 45 LSE²⁸, y 57.3 LSH).

Estas tarifas reguladas se contratan con comercializadoras de referencia. Prácticamente todas las compañías han creado filiales con el objetivo de diversificar mercado libre y regulado. Las comercializadoras de referencia tienen que estar aprobadas administrativamente. Si pierden tal condición, los contratos que hayan celebrado obligatoriamente deben cederse a otra comercializadora de referencia en la zona que esté autorizada (quien se subrogará en dichos contratos).

En el mercado regulado de la electricidad no se puede contratar servicios de mantenimiento. El art. 5.6 RD 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, dispone que: *“Los precios voluntarios para el pequeño consumidor no incluirán ningún otro producto o servicio, sea energético o no, ofrecido directamente por el comercializador de referencia o por terceros, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7.6 de este Real Decreto”*. En el mercado regulado del gas no existe una norma equivalente.

IV.2. Información, celebración y forma del contrato

²⁵ En el caso del gas, conforme al año gasístico, desde octubre a septiembre del año siguiente.

²⁶ Filomena fue una borrasca que implicó una gran nevada en el centro y este peninsular, que comenzó el 7 de enero de 2021 y mantuvo prácticamente paralizadas las ciudades afectadas durante casi una semana, con temperaturas muy bajas, lo que disparó el consumo energético en los hogares.

²⁷ Véase el RD 897/2017, de 6 de octubre, y la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por la que se desarrolla el Real Decreto 897/2017, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

²⁸ Y si cumplen los requisitos pueden obtener, además, el bono eléctrico.

La celebración del contrato normalmente es telefónica o electrónica²⁹, por lo que se aplica la normativa de contratación a distancia prevista en los arts. 97 y ss. TRLCU, y además para los contratos electrónicos, los arts. 23 y ss. Ley 34/2002, de 11 de julio, de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico³⁰.

Con carácter previo a la contratación, debe facilitarse toda la información requerida en el apartado 97.1 TRLCU, que es aplicable a los contratos de suministro (art. 97.2 TRLCU). Entre esta información debe constar el precio total de los bienes o servicios, incluidos impuestos y tasas; o el precio por períodos de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total también significará el total de los costes mensuales (art. 97.1.e TRLCU).

La mayor parte de las veces el consumidor cambia de compañía porque le ofrecen mejores condiciones económicas que las que tiene en ese momento con su suministrador, y otras porque la comercializadora con la que ha celebrado el contrato le ha aplicado nuevos incrementos de tarifas, a veces sin comunicárselo.

Con respecto al contrato telefónico, el problema que tiene el consumidor radica en la prueba de las condiciones que se le han ofrecido por teléfono. A veces no hay modo (salvo que él mismo grabe la conversación) de que el consumidor tenga prueba de la oferta que le han realizado. El consumidor reclama en numerosas ocasiones porque la oferta realizada no se corresponde con el contrato posteriormente enviado o con la facturación que se le realiza³¹. Suele solicitar la copia de la grabación del contrato, pero las comercializadoras no siempre la envían, o envían sólo la parte correspondiente a la verificación de datos y aceptación de la oferta, sin aportar la primera parte de la conversación en la que se le indican las tarifas y descuentos ofertados al consumidor.

El art. 98.6 TRLCU impone una obligación formal para su perfección contractual³² cuando los contratos de suministro eléctrico o de gas se celebran

²⁹ Recuérdese que el art. 46.1.t LSE prohíbe a las comercializadoras eléctricas realizar los contratos en los domicilios de los clientes de forma directa, salvo que exista una petición expresa por parte del cliente y a propia iniciativa suya. Es decir, no cabe la contratación del suministro eléctrico en la vivienda del consumidor.

³⁰ No obstante, sólo los arts. 27 y 28 LSSI sobre información, y el art. 29 LSSI sobre el lugar de celebración del contrato tienen alguna relevancia, porque en todo lo demás deben aplicarse los arts. 92 y ss. TRLCU al incorporar al derecho español la Directiva 2011/83 que es de armonización máxima.

³¹ A ello hay que sumar la posible aplicación de penalizaciones por resolver el contrato cuando existe un plazo de permanencia impuesto.

³² SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2015, p. 1496).

telefónicamente, consistente en el envío de la oferta al consumidor para que este la acepte, momento en el cual queda vinculado el consumidor; pero el envío de dicha oferta no se realiza como tal, sino bien como envío del contrato (intermediado por un servicio de confianza) o bien mediante el envío de un link o un mensaje que el consumidor tiene que aceptar. Este envío de link o mensaje, meramente formal, no cumple con la finalidad de este precepto que persigue que el consumidor tome conocimiento real de la oferta realizada antes de quedar vinculado contractualmente. Aun presenta una mayor dificultad el cumplimiento de la finalidad de este precepto, cuando el consumidor es vulnerable, puesto que no se facilita dicho envío en formatos adecuados, accesibles y comprensibles para ellos, sino de un modo único e igual para todos los contratantes.

En otras ocasiones, para cumplir con el 98.6 TRLCU, la comercializadora envía directamente el contrato al consumidor, mediante la intervención de un servicio electrónico de confianza³³, sobre el cual el consumidor ha de manifestar su aceptación. Este sistema (aunque cumple mejor la finalidad del precepto) puede implicar dificultad de probar si realmente el texto enviado se corresponde o no con la oferta telefónica realizada, por ejemplo, por omisión de descuentos ofertados, o por cambio de precio con respecto a lo indicado telefónicamente.

En el caso de los contratos electrónicos, para el consumidor resulta más fácil guardar una captura de pantalla del ordenador, para poder probar las condiciones económicas ofertadas por la comercializadora, además de recibir con posterioridad la confirmación del contrato celebrado en soporte duradero (art. 98.7 TRLCU).

Otro de los requisitos formales consiste en que el consumidor ha de emitir una solicitud expresa si desea que se inicie la prestación del servicio antes de la finalización del plazo para desistir (art. 98.8 TRLCU). Normalmente dicha solicitud se suele incluir en la grabación de la conversación, lo que cumple con el requisito formal.

Como hemos mencionado, otra obligación formal prevista en el art. 98 TRLCU exige que la empresa, con posterioridad envíe confirmación del contrato en soporte duradero, y en dicha confirmación se incluirá al menos toda la información que figura en el art. 97 (art. 98.7 TRLCU).

³³ Actualmente regulados en el Reglamento UE 910/2014, de 23 de julio de 2014, y la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza.

IV.3- Contenido del contrato

IV.3.1. *Sujetos*

El consumidor contrata con la comercializadora que desee, eligiendo entre mercado libre o regulado. Para contratar en este último, debe hacerlo con una comercializadora de referencia. El consumidor no tiene contrato directo con la distribuidora, (salvo, en su caso, para el acceso³⁴, es decir para dar de alta el servicio).

El consumidor debe emitir el consentimiento. Si hay discrepancias sobre la emisión del consentimiento, debe tenerse en cuenta que el art. 62.1 TRLCU exige que conste de forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor³⁵.

Y si el consumidor es vulnerable debe tomarse en consideración, por el Colegio Arbitral, como por ejemplo, en el caso de un consumidor de 82 años que contrata suministro para casa en venta tras la marcha del inquilino y le aplican una tarifa plana con consumos de luz “tú única” con 54.95 euros, más 2,5 del servicio complementario y de gas con protección 360, con cuota mensual única de 148,45 euros que corresponden a 145, 95 euros de cuota y 2,5 €/mes del contrato de mantenimiento³⁶, o la señora de 90 años que tras cambiarse de comercializadora y del mercado libre al mercado regulado en el suministro de gas (Gas and Power), le vuelven a recontractar los servicios con Naturgy cuando ella creía que era una rebaja sobre la luz (y no sobre el gas del que se había cambiado)³⁷.

³⁴ La LSH dispone entre las obligaciones de los distribuidores de gas natural (art. 74.1.o) que debe realizar las pruebas previas al suministro que se definan reglamentariamente. La normativa reglamentaria aplicable es el RD 1434/2002 de 27 de diciembre por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural. En el mencionado RD, se indica en su artículo 10.2.d que las empresas distribuidoras tienen derecho a: “*Exigir que las instalaciones conectadas a las de su propiedad reúnan las condiciones técnicas establecidas y sean utilizadas de forma adecuada*”. Al mismo tiempo, figura entre sus obligaciones, en el art. 10.3, apartado ñ) que deben: “*Realizar las pruebas previas al inicio del suministro de los consumidores conectados a sus redes en el caso de nuevas instalaciones y en el de modificaciones o ampliaciones de las mismas que se definan reglamentariamente*”.

³⁵ Por ejemplo, en el expediente IRAC 0445.8/2023 el consumidor negaba haber contratado el suministro de gas y electricidad, así como los servicios complementarios ServiGas Complet y Servi Electric Xpres, con Naturgy porque tenía permanencia con Iberdrola. Naturgy le reclamaba importes de más de 400 €. En el caso en cuestión no coincidían el DNI y el CUPS del consumidor con los que figuraban en el contrato de Naturgy, por lo que de conformidad con el art. 62.1 TRLCU no se consideró concluido el contrato por falta de consentimiento del consumidor, e igualmente se consideró incumplido el art. 100 TRLCU porque no se le facilitó el contrato, y de conformidad con el art. 66 quáter TRLCU, el Colegio determinó que no podía reclamarse pago alguno al consumidor por la prestación de ese suministro no solicitado.

³⁶ Expediente IRAC 01453/2023.

³⁷ Expediente IRAC 03277/2023.

Lo normal es que sea titular del contrato de suministro la persona (que con título, sea de propiedad o derivado del contrato de arrendamiento) tiene derecho a ocupar la vivienda. Cuando el titular del contrato es el propietario que no vive allí, va a quedar obligado por la comercializadora al pago de los suministros, aunque no se los abone el arrendatario. En caso de vivienda alquilada, el suministro debe contratarse a nombre del arrendatario (tal como señala el art. 20.3 LAU³⁸), porque de otro modo, el obligado al pago es el titular del contrato, es decir el propietario, por el principio de relatividad de los contratos³⁹.

En caso del suministro eléctrico hay una disposición específica en el art. 79.3 RD 1955/2000 (por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica) para el contrato de suministro eléctrico, a tenor del cual *“el contrato de suministro es personal, y su titular deberá ser el efectivo usuario de la energía, que no podrá utilizarla en lugar distinto para el que fue contratada, ni cederla, ni venderla a terceros”*. E igualmente, para el suministro de gas el art. 36.2 RD 1434/2002 (por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural) establece que: *“El contrato de suministro es personal, y su titular deberá ser el efectivo usuario del combustible, que no podrá utilizarlo en lugar distinto para el que fue contratado, ni cederlo, ni venderlo a terceros”*.

Se generan bastantes problemas por el cambio de titularidad tras la finalización de un arrendamiento, sobre todo si las lecturas han sido estimadas. La solución en tal caso, puede ser notificar a la distribuidora las lecturas reales el día de finalización del contrato o de restitución del uso de la vivienda al propietario (el día que se marchan del piso los arrendatarios).

³⁸ La normativa sectorial es conforme con lo dispuesto en el art. 20.3 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, a tenor del cual, los gastos por servicios con que cuente la finca arrendada que se individualicen mediante aparatos contadores serán en todo caso de cuenta del arrendatario.

³⁹ En el expediente IRAC 4708/2022, se argumenta que el art. 79.3 Real Decreto 1955/2000 dispone que el contrato de suministro es personal y su titular deberá ser el efectivo usuario de la energía, obligación que no cumplieron el arrendador y el arrendatario, dado que el suministro de energía seguía a nombre del arrendador, tal como figura en las facturas presentadas, correspondientes a momentos anteriores y posteriores al fallecimiento del arrendatario. El Colegio Arbitral determinó que el consumidor debía abonar todas las facturas pendientes a la comercializadora.

IV.3.2. Objeto: precio y otras cuestiones

1) Precio: Como hemos señalado las partes aceptan los precios ofertados. Este precio puede tener una revisión anual o por un período inferior: En todo caso los arts. 44.1.e LSE y 57.bis.f) LSH exigen la notificación de los cambios de las condiciones del contrato con antelación a su aplicación:

- a) En los supuestos de revisión trimestral, hay que tener en cuenta, que sólo mediante la factura, (y siempre que esta se emita adecuadamente) se podrá informar sobre el cambio de precio. Si la factura es bimensual, en una de cada dos facturas se indicará el precio con posterioridad al inicio de su aplicación al contrato.
- b) En los supuestos de revisión anual, debe notificarse con una antelación de un mes, cumpliendo los requisitos de los arts. 44 LSE y 57.bis LSH. No expresan las normas que la comunicación deba ser fehaciente, pero deben “ser debidamente avisados” (57 bis.f LSH y 44.1.e LSE), lo que implica que la comercializadora aporte prueba de la realización de la comunicación y de su contenido⁴⁰ al consumidor.
- c) En aquellos supuestos en los que se contrata una tarifa 24 meses, se debe tener en cuenta que la tarifa se mantiene en el tiempo pactado, pero los contratos se renuevan anualmente, lo que puede implicar la introducción de ciertos costes regulados actualizados o de nuevos peajes (como, por ejemplo, el tope del gas, si el contrato anteriormente no lo aplicaba).

2) Autoconsumo: En algunas construcciones (especialmente en viviendas nuevas o independientes) se pueden dar instalaciones de paneles solares que permiten una cierta producción de energía por parte del consumidor. Esta producción se utiliza para el propio autoconsumo, lo que hace disminuir su factura de la luz, y en determinadas ocasiones, puede generar excedentes, que se “vuelcan” en la red de la distribuidora, y son abonados por la comercializadora, pero no al mismo precio que el consumidor paga su kwh, sino al precio predeterminado en el contrato (normalmente muy inferior al precio de consumo).

⁴⁰ No basta para conocer el contenido de la comunicación que la comercializadora aporte un cuadro de tareas de haber enviado la notificación al consumidor, puesto que no se aporta su contenido, sino sólo el envío del correo electrónico al consumidor.

Si los excedentes no se abonan conforme a los kwh vertidos a la red, el consumidor puede reclamar por la diferencia.

Por otro lado, el control de la producción energética y del consumo se lleva a cabo mediante aplicaciones de móvil que son servicios digitales (por los que el consumidor abona una cuota mensual), cuya conformidad con el contrato debe exigirse conforme a los arts. 114 y ss. TRLCU, siendo fuente de numerosas reclamaciones.

3) Servicios accesorios: En ocasiones, junto al suministro se contratan servicios accesorios (mantenimiento, protección de electrodomésticos, etc). Si la contratación de estos servicios provoca descuentos en el precio del suministro principal, deben tenerse presentes. En todo caso, dedicaremos un apartado especial a los servicios accesorios.

Si el consumidor afirma no haber tenido conocimiento de la contratación de este servicio accesorio, puede tratarse de un suministro no solicitado, y por tanto debe aplicarse la previsión del art. 66 *quáter* TRLCU.

Si pese a negar la contratación por parte del consumidor, en las sucesivas facturas se ha mantenido un descuento sobre el precio, no puede considerarse que se desconocía la existencia de dicho servicio accesorio en el contrato.

4) Lugar: punto de suministro y CUPS: Aunque no es habitual hablar de ello, en materia de contratos, el lugar de suministro es obviamente el domicilio del consumidor que se ha facilitado al contratar. El suministro de gas o de luz va vinculado a un CUPS (que es el Código Universal de Punto de Suministro⁴¹) y es único por vivienda.

La CNMC ha resuelto (Resolución 28/2/23) requerir a las comercializadoras (concretamente el caso se refería a Endesa, Naturgy, Iberdrola y HolaLuz) que adopten medidas en la contratación telefónica para especificar con claridad en el SMS de confirmación de la oferta el **trinomio** titular-dirección del punto de suministro-CUPS. De modo análogo en contratación telemática y presencial se debe mostrar claramente el trinomio titular-dirección del punto de suministro-CUPS antes de validar oferta, mediante un documento resumen separado del contrato, con las datos y condiciones de contratación básicas.

⁴¹ Ver su regulación en art. 7 RD 1435/2002 condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y acceso a redes en baja tensión.

Si se produce un cambio de comercializadora no solicitado por el consumidor, por culpa de la inserción de un CUPS erróneo, la Resolución prevé las posibilidades de actuación para evitar perjuicios tras producirse esta asignación errónea:

a) En aquellos casos de solicitud por parte del consumidor de la suspensión del suministro o de baja del contrato, en un plazo inferior a cuatro meses desde la activación del cambio de comercializador con cambio de titular: la comercializadora debe: Acreditar que se ha informado al consumidor de los efectos de la solicitud de baja, esto es que implica un corte del suministro. E igualmente debe acreditar el motivo de la solicitud de baja.

b) En caso de que el comercializador detecte un impago para un CUPS procedente de una activación con cambio de titular que previamente habría sido rechazada, con antelación a la solicitud de baja por impago, el comercializador procurará descartar que su causa derive de *cruce de CUPS*. A tal fin, los contactos o intentos de contacto con el consumidor deberían registrarse en soporte duradero.

c) De detectar que se ha producido un *cruce de CUPS* el comercializador responsable del error debería solicitar a la mayor brevedad la correspondiente reposición del punto de suministro a su comercializador previo.

- Si el consumidor no ha solicitado el cambio de comercializadora y este se produce (por ejemplo, por error en el CUPS), se aplicará el art. 66 quáter TRLCU, sin que se le pueda exigir pago alguno al consumidor. Y se entenderá el interés del consumidor en continuar con la comercializadora anterior, volviendo a ser suministrado por ésta quién tendrá derecho a cobrar los suministros a la empresa que suministró indebidamente.

- Y si el consumidor ha solicitado el cambio de comercializadora y por un error de la nueva comercializadora el trinomio titular-CUPS-dirección de suministro no es correcto, se van a generar al mismo tiempo recibos de ambas comercializadoras, puesto que el contrato inicial no se habrá resuelto al no coincidir el número de CUPS. En estos casos, cabe anular las facturas derivadas de la segunda comercializadora (aquella a la que se habían portado) por error en las facturas.

Si no se diera este error en el CUPS, entonces los consumos del punto de suministro sólo podrían aparecer en las facturas de una de las dos comercializadoras.

En todos estos casos, para resolver este problema, el consumidor tiene que reclamar contra la compañía causante de la duplicidad (por ejemplo, porque se equivoca

el piso o la letra de la vivienda, consignando una diferente de la del consumidor o porque hay un error alfanumérico en el CUPS).

5) Contenido mínimo del contrato: que debe responder a los apartados previstos, respectivamente en los arts. 44.1.d LSE y 57 bis.e. LSH, lo que obliga a especificar la identidad y dirección de la empresa, los precios y tarifas aplicables, la duración del contrato, las cláusulas de revisión del contrato, la información relativa a otros servicios prestados, la información sobre la oferta comercial, incluyendo la duración de los descuentos y sobre qué términos se aplican, los derechos de los consumidores, los procedimientos de resolución de conflictos, etc.

IV.4. Condiciones generales del contrato

Las condiciones generales del contrato deben ser equitativas y transparentes y adecuarse a lo establecido en la normativa de protección de consumidores. Deben darse a conocer con antelación, en todo caso, antes de la celebración o confirmación del contrato (art. 44.1.d LSE y art. 57 bis.e.9º LSH).

IV.4.1. Interpretación de condiciones generales y particulares

Antes de entrar en el análisis del carácter abusivo o no de las cláusulas no negociadas, hay que interpretar aquellas cláusulas que puedan presentar oscuridad, o resolver los casos en que condiciones generales y particulares entran en conflicto.

La regla de interpretación procede del art. 6.1 LCGC según el cual: “*Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares*”. Por lo tanto, la regla esencial es que se aplica la cláusula más beneficiosa para el consumidor, y en su defecto se aplica la condición particular sobre la general⁴².

⁴² Sirva de ejemplo, la controversia resuelta en el Expediente IRAC 03273/2023, en cuyo contrato se fijaba un precio anual fijo para el consumo de energía, para un contrato celebrado en junio, si bien en una cláusula posterior al fijar la duración del contrato, se establecía como fecha de finalización el 1 de diciembre del mismo año, lo que no llegaba a implicar ni medio año de contrato.

IV.4.2. Control de inclusión

La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas se despliega en tres niveles diferentes, el control de inclusión, el control de contenido, y el control de transparencia material.

Por lo que respecta al control de inclusión, el art. 5.5 LCGC y especialmente el art. 80 TRLCU establecen el control de incorporación de las condiciones generales o cláusulas no negociadas al contrato celebrado. El control de inclusión tiene una doble dimensión:

1º) Garantizar la accesibilidad al contrato, su legibilidad y el posible conocimiento del mismo (art. 80.1.b TRLCU). El consumidor ha de tener acceso al contrato, con carácter previo a la celebración del mismo. En este sentido, el último párr. del art. 44.1.d LSE exige que: *«Las condiciones se darán a conocer con antelación. En cualquier caso, deberán comunicarse antes de la celebración o confirmación del contrato. Cuando los contratos se celebren a través de intermediarios, la información antes mencionada se comunicará asimismo antes de la celebración del contrato»*.

Tampoco permite el art. 80.1.a TRLCU que el clausulado contractual realice reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato⁴³.

En cuanto a la legibilidad de las condiciones, el art. 80.1.b TRLCU (modificado por la Ley 4/2022) afirma que: *«En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese*

⁴³ Veamos un ejemplo: en el condicionado de Iberdrola, actuando como comercializador de referencia, se incluye como cláusula 7.1 relativa al precio del suministro: *«En el caso de las modalidades Precio Voluntario, TUR-Vulnerables y TUR-Transitorio, el precio del suministro será el resultante de aplicar la metodología de cálculo establecida por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en cada momento para cada una de dichas modalidades y que podrá consultarse en www.cnmc.es.*

Cuando el suministro sea en la modalidad Oferta alternativa Precio fijo, el precio del suministro será el fijado en las Condiciones particulares y publicado en la página en Internet de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (www.cnmc.es) en el momento de la contratación del suministro o, en caso de renovación bajo la misma modalidad contractual, el vigente en la fecha correspondiente a la factura anterior al vencimiento».

Como vemos, en ambos casos se reenvía a una página web, la de la CNMC, pero no se entregan dichas condiciones, sino que se reenvía a la dirección web. Esta cláusula no superaría el control de inclusión.

difícil de leer». Este precepto es el fundamento de muchos laudos para rechazar la novación contractual del contrato trasladada mediante una comunicación incluida en una factura, dado que no cumple con el tamaño e interlineado previsto en el art. 80.1.b TRLCU por lo que no supera el control de inclusión, y no puede vincular a las partes al no quedar incorporadas al contrato (art. 7 Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación).

El incumplimiento de estos requisitos implica que dichas condiciones no superen el control de inclusión y no queden incorporadas al contrato.

2º) Que la redacción de las cláusulas responda a criterios de concreción, claridad y sencillez, es decir, que superen el control de transparencia formal.

El control de transparencia formal se establece en el art. 44.1.d. penúltimo párrafo LSE, en el que se indica que: *“Las condiciones generales serán equitativas y transparentes, y deberán adecuarse a lo establecido en la normativa vigente en materia de contratos con los consumidores. Se explicarán en un lenguaje claro y comprensible y no incluirán obstáculos no contractuales al ejercicio de los derechos de los clientes. Se protegerá a los clientes contra los métodos de venta abusivos o equívocos”*⁴⁴. Igualmente, el art. 57 bis.e.9º LSH exige que las condiciones sean equitativas y se den a conocer con antelación; y el apartado g del art. 57 bis exige que la información sea transparente.

A tenor de lo dispuesto en el art. 7 LCGC si las condiciones generales no superan el control de inclusión, la sanción correspondiente consiste en que esas cláusulas no se considerarán incorporadas al contrato, por lo que no vincularán a las partes.

IV.4.3. Cláusulas no transparentes

Cuando las cláusulas no negociadas diseñan el objeto principal del contrato, no puede aplicarse el control de abusividad, salvo que no superen el control de transparencia material. En caso de declararse la no superación del control de transparencia material, la consecuencia jurídica es la nulidad de la cláusula (art. 83 párrafo 2º TRLCU) y en tal

⁴⁴ Esta exigencia del art. 44.1.d LSE es totalmente acorde con la previsión contenida en el art. 10.8 Directiva 2019/944 que dispone que: *“Los suministradores ofrecerán a los clientes finales condiciones generales equitativas y transparentes que se proporcionarán expresadas en un lenguaje sencillo y sin ambigüedades y no incluirán obstáculos no contractuales al ejercicio de los derechos de los consumidores, por ejemplo, una documentación contractual excesiva. Se protegerá a los clientes contra los métodos de venta abusivos o equívocos”*.

caso, debe integrarse el contenido del contrato, o si no fuera posible, declarar la nulidad total del mismo.

Pongamos como ejemplo⁴⁵ un contrato de Masqueluz: Analizados los términos del contrato, para establecer cuál es el precio contratado, se indica como tarifa de acceso y servicio contratado, Tarifa 2.0TD, modalidad Index Q1 MASQUELUZ Hogar, y se añade un inciso en que se indica que: “Los precios del suministro y de los servicios contratados, así como las promociones aplicables, se indican en la hoja anexa con referencia ME107TIP2022”. En dicha hoja anexa se indica el precio del término de potencia (P1: 33,958789 y 41,090135; y P2: 7,258556 y 8,78253) remuneración indexada 0.02. No se especifica cuándo se aplicará uno u otro de los términos de potencia.

Y en cuanto al precio de suministro, esa tarifa indexada 2.0 no tiene un precio concreto. La cláusula establece que: “El precio de venta vendrá determinado por la suma de costes de energía en el mercado diario según el operador OMIE (Art. 28 Ley Sector Eléctrico), los costes de los servicios de ajuste del sistema (Procedimiento de operación 14.4 del sistema eléctrico peninsular BOE303/2015), los pagos por capacidad (Orden TED/1484/2021) el impuesto municipal (Ley Reguladora de las Haciendas Locales), la aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, los peajes de acceso ATR /resolución 16/2/2021 de la CNMC y Orden TED 1484/2021) el coste de los desvíos y los costes financieros definidos en las condiciones generales y la remuneración por energía pactada sin perjuicio de todos los costes que legalmente se añadan o modifiquen. Para el territorio no peninsular (Canarias y Baleares) el coste de la energía en el mercado diario y los costes de los servicios de ajuste son sustituidos por el coste de adquisición de la demanda (sphDEM) definido en el Anexo I del Real Decreto 738/2015”.

Esta estipulación relativa al precio vulnera la normativa general (el art. 97.1.e TRLCU), y la específica, dado que, el art. 44.1.d.5º LSE establece que los consumidores tienen derecho “a formalizar un contrato de acceso con la empresa distribuidora o un contrato de suministro con la empresa suministradora de electricidad, según corresponda, en el que se especifique”: “5.º la información actualizada sobre precios y tarifas aplicables y, en su caso, disposición oficial donde se fijen los mismos”. Pues bien, tal como exige el apartado 5º del art. 44.1 LSE no se incluye una “información actualizada

⁴⁵ Procede del Expediente IRAC 08909-2022.

sobre precios”, sólo la referencia a la tarifa y a los costes incluidos en la misma, sin que se pueda conocer cuál pueda ser el precio real aplicable al suministro de energía.

Es imposible para un consumidor medio calcular cuál puede ser el precio del consumo de energía, especialmente porque no se ha hecho indicación numérica alguna. Esta cláusula, que conforma el objeto principal del contrato (el precio que el consumidor asume como obligación principal) no supera el control de transparencia ni formal ni materialmente:

- No supera el control de transparencia formal, recogido en el art. 80 TRLCU, porque no está redactada conforme a criterios de concreción, claridad y sencillez (exigidos por el art. 80.1.a TRLCU). Es imposible saber cuál será numéricamente el precio aplicable.

- Tampoco supera el control de transparencia material, al no establecer al menos una simulación de precios o de escenarios que podrían plantearse para que el consumidor pueda hacerse una idea más o menos acertada del posible juego de los precios indexados en el desarrollo de su contrato. Por lo tanto, en aplicación del art. 83.2 TRLCU debería declararse la nulidad de pleno derecho de dicha cláusula, y del contrato, aunque para la restitución de las prestaciones de las partes (art. 1300 CC), podrá tomarse en consideración el precio medio de la electricidad en el mercado, para el recálculo de las facturas que se han generado en ejecución del contrato, dado que el consumo ha sido realizado y el consumidor ha de abonar el importe proporcional del mismo, si bien no debe hacerlo conforme a la facturación realizada, que ha sido muy superior a la que venía pagando con su comercializadora anterior.

IV.4.4. Cláusulas abusivas

En el contenido del contrato es posible que algunas cláusulas sean abusivas, y el Colegio puede declarar su nulidad en aplicación de los arts. 82 y ss. TRLCU. Pongamos algunos ejemplos procedentes de la jurisprudencia:

1º) La STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1694/2023 de 4 diciembre 2023, ECLI: ES:TS:2023:5321 ha considerado abusiva, y por tanto nula, la cláusula de cambio del sistema de facturación de la potencia de electricidad contratada por una comunidad de vecinos con Iberdrola. La modificación unilateral del cambio de facturación se notificó

mediante una factura, y afectaba a la facturación que pasaba a ser conforme a la potencia contratada y no a la potencia realmente consumida, facturando conforme al art. 9. RD 1164/2001 sólo en el caso de que se sobrepasara la potencia contratada.

2º) Se ha considerado una cláusula abusiva la que impone el pago de intereses moratorios, en cantidad superior al interés legal del dinero, desde el momento del impago de la factura, sin necesidad de requerimiento previo⁴⁶. Así, la cláusula 5, de la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 10ª, de 23 junio 2014 (ECLI: ES:TSJM:2014:9695): «*Las cantidades adeudadas y no pagadas bajo el contrato por cualquiera de las partes en los plazos previstos devengarán intereses en concepto de mora sin necesidad de requerimiento desde el día siguiente a la finalización del período ordinario de pago*».

3º) Igualmente se han considerado abusivas, las penalizaciones por baja anticipada: la ya citada STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 10ª, Sentencia 475/2014, de 23 junio 2014 (ECLI: ES:TSJM:2014:9695) ha reputado abusiva esta cláusula: “Desistimiento unilateral: A) Alternativamente al cumplimiento del plazo de duración establecido en el apartado 16 anterior, el CLIENTE podrá desistir unilateralmente del presente Contrato con anterioridad a la finalización del periodo inicial de vigencia, mediante el abono a GNSUR de una penalización máxima que no podrá exceder el 5% de la tarifa de último recurso por la energía estimada pendiente de suministro”. Según el 62.5 TRLCU la penalización será proporcional al número de días efectivamente no cumplidos.

4º) La SAP Almería, Sección 1ª, Sentencia 1082/2024 de 19 noviembre 2024, ECLI: ES:APAL:2024:1427, ha considerado abusiva la cláusula de gastos de gestión de deuda, explicando que “los gastos de recobro, son lícitos y legales y pueden ser pactados en el contrato, pero siempre han de responder a un gasto efectivo”. “En el presente supuesto no se aporta el contrato de suministro, por lo que se desconoce si se ha pactado el gasto dispuesto en el extracto contable de la deuda”. “La atribución indiscriminada y sin matices de un gasto o cuota fija por cada gestión del impago de una cuota (o en este

⁴⁶ Así las comercializadoras imponen como interés moratorio el interés legal incrementado en dos puntos. *Vid.* CG 8.3 Iberdrola SAU, o la cláusula 6 del CG de Endesa: “Igualmente, el impago de la factura devengará, sin necesidad de previo requerimiento, intereses de demora para personas físicas del interés legal del dinero (incrementado en dos puntos porcentuales)”.

caso factura), no resulta justificada, si no va acompañada de datos concretos y particulares que avalen este u otro gasto de gestión”.

IV.5. Desistimiento del contrato

Los contratos celebrados telefónica o telemáticamente son contratos a distancia, por lo que en ellos se concede un derecho legal al consumidor de desistir del contrato en el plazo de 14 días, computados desde la celebración del contrato (art. 102.1 y 104.a y c TRLCU).

El consumidor debe ejercitar el desistimiento dentro del plazo legal, y sobre él recae la carga de la prueba de haber desistido y haberlo hecho en plazo (para lo que se toma en consideración la fecha de expedición de la comunicación, art. 106.4 TRLCU). No es necesario que se trate de una comunicación fehaciente, pero el consumidor debe probar su realización, por lo que no sirve una llamada telefónica, puesto que no puede probarse su contenido. Es preferible desistir mediante cualquier modo con el que se pueda preconstituir prueba de su realización: correo electrónico, fax, burofax, correo certificado, etc.

Es esencial para el consumidor desistir en plazo y poder probarlo, porque de otro modo se tratará de un supuesto de baja anticipada y deberá abonar la penalización correspondiente y proporcional a la parte del período no cumplido⁴⁷.

Tras el desistimiento, se aplicará el art. 106.6 TRLCU, que prevé, salvo indicación en contrario, el interés del consumidor en continuar con el suministro del servicio, volviendo a ser facturado por su comercializadora anterior.

⁴⁷ Ejemplo de penalización de este tipo, lo ofrece el expediente IRAC 01391/2023, con respecto a un contrato de Masqueluz:

“15. Penalización por resolución anticipada

En contratos con tarifa en baja tensión o con presión ≤ 4 bares, si la resolución por parte del CLIENTE tiene lugar antes de iniciada la primera prórroga del contrato y cause daños al suministrador, se aplicará una penalización equivalente al 5% del precio del contrato en energía eléctrica y al 20% del precio del contrato en gas natural, por el consumo estimado pendiente de suministro durante el periodo restante pactado, empleando a este efecto el método de estimación de medidas vigente para el cambio de suministrador. No obstante lo anterior, en suministros eléctricos el cambio de la modalidad de contratación a PVPC por parte del CLIENTE que pudiera acreditar la condición de consumidor vulnerable según lo dispuesto en el Real Decreto 897/2017 se llevará a cabo sin ningún tipo de penalización ni coste adicional para el consumidor.

En contratos con tarifa en alta tensión o con presión > 4 bares, se aplicará una penalización por resolución anticipada del 5% en energía eléctrica y del 20% en gas natural, sobre el consumo estimado pendiente de suministro tanto en el primer año de vigencia como en cualquiera de sus prórrogas”.

Por el contrario, si previamente a la contratación del servicio no se estuviera realizando el suministro, la solicitud de desistimiento supondrá la baja del servicio, lo que puede acarrear la consecuencia perjudicial para el consumidor de tener que volver a pagar el acceso al servicio con la distribuidora.

Como consecuencia del desistimiento, las partes asumen derechos y obligaciones:

1º) Con respecto al consumidor, es importante saber si se le informó o no de los costes que podría asumir en caso de desistir. Y es importante saber si el consumidor solicitó o no el inicio del suministro antes del transcurso del plazo para desistir.

Si la respuesta a cualquiera de estas preguntas es negativa, el consumidor no asumirá coste alguno por el suministro prestado.

- 1) El consumidor está obligado al pago del importe proporcional de la parte prestada del servicio, que se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato.
- 2) En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio. En este caso, el problema puede venir dado no por el precio excesivo en sí mismo, sino por el hecho de que con lecturas estimadas se impute un consumo muy superior al probable en esa franja de tiempo.
- 3) Excepcionalmente el consumidor no asumirá ningún coste (art. 108.5.a TRLCU), cuando:

- El empresario no haya facilitado información con arreglo al artículo 97.1.j) o l);
- El consumidor o usuario no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento con arreglo al artículo 98.8 y al artículo 99.3.

2º) La comercializadora deberá facturar exclusivamente ese coste proporcional, sin imponer penalizaciones ni derivadas del contrato principal, ni de los contratos accesorios. La comercializadora debe enviar la factura con la liquidación de la cuenta (art. 57.bis.n LSH).

El desistimiento del contrato principal, en plazo, se propaga automáticamente a los contratos accesorios (art. 76 bis TRLCU), en este caso, al no haberse prestado servicio alguno, deben ser reintegradas las cantidades abonadas por el consumidor (o eliminadas de la factura).

Para concluir este apartado, debe indicarse que, si el consumidor no ha solicitado el cambio de comercializadora, sino que se ha efectuado por error en el CUPS, se aplicará la regulación del 66 *quáter* TRLCU que implicará la total indemnidad del consumidor. En este caso, tanto puede ser mediante desistimiento, si en tal plazo tiene conocimiento de ello, como después de dicho plazo, ya por aplicación directa del 66 *quáter* TRLCU. El problema que debe ponerse de relieve es que el contrato que se extinguió al cambiar de comercializadora no puede reactivarse, al haber quedado resuelto, por lo que el consumidor debe contratar de nuevo y tener en cuenta las tarifas disponibles, perdiendo posibles tarifas o descuentos que hubiera tenido anteriormente.

V. RENOVACIÓN DEL CONTRATO

El art. 62.1 TRLCU establece que en la contratación con consumidores y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato. Es cierto que esto no se exige en la renovación del contrato, pero si en tal renovación se cambian las condiciones económicas y/o jurídicas, y se produce una novación contractual, se requiere de nuevo que el consumidor lo haya conocido y haya tenido a su disposición un plazo para poder consentir (aunque sea tácitamente) o manifestar su disconformidad y resolver el contrato sin penalización alguna antes de que la novación contractual sea aplicada. En este sentido se manifiestan los arts. 44.1.e LSE y 57.bis.f LSH, que cuentan con el mismo tenor literal: Los consumidores tienen derecho a *“ser debidamente avisados de forma transparente y comprensible de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a rescindir el contrato sin coste alguno cuando reciban el aviso. Asimismo, ser notificados de forma directa por su suministrador sobre cualquier revisión de los precios derivada de las condiciones previstas, con al menos un mes de antelación a su aplicación de forma transparente y comprensible”*.

Los problemas que se plantean en relación con la renovación contractual son variados:

1º) No hay fecha en la carta de comunicación. La empresa la aporta, pero no se sabe cómo ni cuándo se ha enviado, ni tampoco se sabe si el consumidor la ha recibido o no antes de que se apliquen los nuevos precios.

Ciertamente el texto normativo no obliga a que la comunicación de las nuevas condiciones contractuales se haga de un modo específico (correo certificado, burofax, etc.), pero debe tenerse en cuenta que se trata de una comunicación que debe llegar a conocimiento del consumidor, para que pueda ejercer verdaderamente la posibilidad de aceptar las nuevas condiciones o poner fin al contrato y buscar una alternativa más económica.

Como se trata de una cuestión de hecho, para el Colegio Arbitral queda probado que la comercializadora cumplió con su obligación, puesto que presenta la carta enviada, pero no queda probado que tal carta y las nuevas condiciones contractuales propuestas llegaran a conocimiento del consumidor, que normalmente niega haberlas conocido de antemano. Por ejemplo, el mail pudo no llegar a destino, o ser enviado directamente a spam, etc. Exigir al consumidor que demuestre que no llegó a conocer el contenido de la mencionada carta es una “*probatio diabólica*”, porque ¿cómo saber si le llegó o no el correo electrónico, o cómo saber si llegó a leerlo, o simplemente lo ignoró? Obviamente si lo hubiera conocido, una subida considerable del precio de la energía con respecto al vigente hasta entonces, habría llamado su atención, y de haber sido conocido con carácter previo habría provocado en un consumidor medio la resolución del contrato, o al menos la búsqueda de contraofertas (más económicas) con la misma comercializadora o con otras.

2º) En ocasiones, la comercializadora presenta un cuadro de tareas, en la que se indica que se ha enviado una comunicación al consumidor, pero nunca aportan una copia del correo electrónico⁴⁸. En estos casos, no hay prueba suficiente del contenido de la comunicación enviada por la empresa.

⁴⁸ Por ejemplo, en el expediente IRAC 3300/2023, el consumidor manifiesta que le han cambiado las tarifas sin previo aviso, mientras que la comercializadora indica que se envió notificación a su correo electrónico con las nuevas condiciones, los días 25 y 28 de octubre de 2022. La comercializadora aporta copia de las dos cartas, y un pantallazo de haber efectuado el envío de los correos, pero no hay constancia del texto del correo, y no aparecen documentos anexos a los correos. Por su parte, el consumidor envía pantallazos de su bandeja de correos, en donde figuran los correos recibidos de Repsol y ciertamente no hay correo alguno recibido entre las fechas señaladas. Al contrario, las mencionadas cartas las recibe en su correo electrónico el 30 de enero de 2023. Si Repsol las hubiera enviado en las fechas que señala, no hay razón alguna para que las envíe de nuevo el 30 de enero de 2023, cuando la renovación de los dos contratos ya ha tenido lugar.

Las pruebas aportadas por ambas partes llevan al Colegio a considerar que no se produjo la comunicación efectiva del cambio de condiciones económicas hasta el 30 de enero de 2023, por lo que se realizó la comunicación con posterioridad a la renovación de los contratos que se debían efectuar el 27 de noviembre y el 1 de diciembre respectivamente. El Colegio arbitral considera que no ha quedado probado que los cambios contractuales aplicables a la renovación del contrato hayan llegado a conocimiento real del

3º) En otros casos, el consumidor niega reiteradamente haber tenido conocimiento de las nuevas condiciones antes de que llegue la factura. Se trata de una cuestión de hecho, por lo que el Colegio arbitral ha de llegar al convencimiento de si en el caso concreto se ha conocido o no de antemano la novación contractual, a través de las circunstancias concurrentes: por ejemplo, no es lo mismo que se reclame inmediatamente tras la primera factura recibida, a que se haga transcurrido unos meses de la aplicación de los nuevos precios.

4º) Por último, el problema se agrava, si además de la novación contractual con subida de precio, se añade un retraso de varios meses en recibir las facturas, por lo que cuando se reciben ya están en vigor los nuevos precios, y el consumidor recibe las facturas con un incremento considerable. En estos casos, es evidente que el consumidor no ha tenido conocimiento previo de los nuevos precios antes de la aplicación de los mismos. En estos supuestos, se recalcularán las facturas, manteniendo el precio (anteriormente vigente) del término de energía (es decir, del consumo de gas o electricidad), pero en cambio, se deben aplicar los nuevos precios, por ser regulados, del término de potencia o el término fijo del gas, junto con el resto de conceptos regulados (peajes, alquiler contador, e impuestos). Con una excepción: si el retraso es superior al previsto en la normativa, se anularán dichas facturas, conforme veremos en el apartado séptimo de este estudio.

VI. SERVICIOS ACCESORIOS

Los servicios accesorios más comunes son:

- 1) Mantenimiento de gas, con o sin calefacción, que incluye una revisión anual de la caldera.
- 2) Servielectric: Protección por averías de electrodomésticos (que deben tener menos de 10 años de antigüedad), especialmente derivadas de incidencias de tensión. Se prevé actuación en caso de corte en el suministro de la luz.
- 3) Protección de pagos del suministro.

consumidor antes de la renovación anual de los contratos. Y ello implica la estimación de la reclamación interpuesta por el consumidor.

- 4) Servicio manitas, que suele ser complementario a los anteriores, y permite solicitar un profesional especializado una vez al trimestre durante un determinado tiempo, para cualquier función del hogar (desde colgar cuadros o lámparas, a un fontanero o un electricista).

Estos servicios accesorios se ofrecen al contratar el suministro principal. En ocasiones su contratación va ligada a descuentos sobre el consumo del gas o la luz, durante un período de meses o durante el primer año.

Suelen tener una permanencia de un año, en cuyo caso debe advertirse al contratar (como información requerida por el art. 97.1 TRLCU) y debe indicarse la cuantía de la penalización. La falta de información sobre dicha cuantía (si por ejemplo no se incluye en la grabación) hará inaplicable la misma, por falta de información. En todo caso, si resulta aplicable la penalización por baja anticipada, debe recordarse que el art. 62.5 TRLCU dispone que la penalización por baja o cese prematuro de la relación contractual, ha de ser proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado. Esta baja anticipada es distinta del desistimiento.

Con respecto al desistimiento, como derecho legal, al tratarse de un contrato accesorio, pueden ocurrir dos cosas:

- 1) Que se desista del contrato de suministro de energía, celebrado a distancia, por lo que los efectos resolutorios se propagan automáticamente a los contratos accesorios, tal como prevé el art. 76 bis TRLCU.
- 2) Que al ser el servicio accesorio también un contrato a distancia se desista directamente de dicho contrato.

En estos supuestos el desistimiento es gratuito, y el consumidor a lo sumo deberá asumir el coste de la parte del servicio prestado (por ejemplo, si se ha realizado justo en esos 14 días la revisión de la caldera antes de desistir, o si se ha producido una avería en un electrodoméstico). Fuera de estos supuestos, no se habrá prestado servicio alguno al consumidor, por lo que nada deberá abonar, y el empresario deberá restituir las sumas percibidas en virtud de estos servicios accesorios.

Entre los problemas detectados en arbitraje en relación con los servicios accesorios podemos mencionar los siguientes:

1º) No cabe la contratación de contratos complementarios en los contratos de PVPC⁴⁹, en el mercado regulado de la electricidad, porque lo prohíbe el art. 5.6 RD 216/2014, al señalar que los PVPC “*no incluirán ningún otro producto o servicio, sea energético o no, ofrecido directamente por el comercializador de referencia o por terceros*”, lo que implica que en esta modalidad contractual no pueden ofertarse contratos complementarios, como la protección eléctrica del hogar, u otro tipo de productos o servicios relacionados. No existe una prohibición similar para el suministro de gas, en los que aun teniendo tarifa TUR se podrán contratar servicios accesorios.

2º) Se han detectado supuestos de cláusulas abusivas. Tal como señala el art. 82.3 TRLCU para valorar el carácter abusivo de una cláusula contractual debe tenerse en cuenta, además de la naturaleza del servicio objeto del contrato, y de la consideración de todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, todas las demás cláusulas del contrato, “*así como las de otro del que dependa*”. En este sentido se han detectado como cláusulas abusivas, al menos estas dos:

- La primera, procedente del contrato de suministro, en la que se indica que si alguna cantidad resulta impagada (y puede ser una deuda generada en el contrato accesorio), dicho impago provoca la resolución del contrato principal⁵⁰.
- La cláusula que prevé que la resolución, desistimiento o extinción del contrato principal, no implica la finalización del contrato accesorio, separando las vicisitudes de ambos contratos.

3º) Se solicita la baja anticipada del contrato principal del suministro y se siguen recibiendo las facturas relativas al contrato de prestación de servicios. En este caso, las comercializadoras suelen argumentar que no se ha solicitado la baja de dicho servicio. Hay jurisprudencia al respecto que se pronuncia precisamente en el sentido ya indicado, aplicando la regla según la cual la obligación accesoria sigue la suerte de la principal. Al haberse resuelto el contrato principal, debe producirse automáticamente la extinción del contrato accesorio. No obstante, la recomendación en este caso, es comunicarlo al

⁴⁹ PVPC: Precios voluntarios para el pequeño consumidor, que implican un precio regulado y se deben contratar con las comercializadoras de referencia.

⁵⁰ Por ejemplo, cláusulas 3.1 tanto en CG Iberdrola comercializadora de referencia, como en CG Iberdrola SAU: «*El presente Contrato se terminará por la finalización del periodo de duración, por mutuo acuerdo, por incumplimiento de cualquiera de las partes, especialmente por impago de cualquier cantidad debida conforme a este Contrato*»

prestador del servicio, especialmente (como ocurre en Endesa) si la prestación del servicio accesorio se traslada a otra empresa distinta del mismo grupo empresarial.

En cuanto a la jurisprudencia recaída, por ejemplo, la SAP Álava Sección 1ª, Sentencia 30/2018, de 1 febrero de 2018 (ECLI:ES:APVI:2018:158) o la SAP Asturias Sección 7ª, Sentencia 171/2021, de 28 de abril de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:1744) consideran el contrato de protección eléctrica del hogar como contrato accesorio del principal del suministro, pese a que se incluía una condición general en la que se indicaba que: *“La resolución de los contratos de suministro de electricidad o de gas natural con Iberdrola..., no implicará la baja del Servicio Protección Eléctrica Hogar, salvo que el Cliente lo solicite expresamente”*.

Es ciertamente reseñable por su calidad, la SJPI nº 7 de Vitoria-Gasteiz, Sentencia 89/2017 de 30 de junio de 2017 (ECLI:ES:JPI:2017:491) que explica claramente que el servicio de protección eléctrica del hogar es un contrato de carácter accesorio y complementario⁵¹ del servicio de suministro eléctrico, que no deja de ser un servicio adicional, aunque tras su contratación se pretenda su vida independiente del contrato de suministro, exclusivamente para la baja de dicho contrato accesorio⁵².

⁵¹ «En los contratos de suministro de electricidad o gas natural, se ofertan una serie de servicios accesorios o complementarios, tales como un seguro de protección de pagos o, como el que nos ocupa, el llamado “Servicio de Protección eléctrica Hogar” (SPEH). Es fundamental el carácter accesorio o complementario del servicio, y así es considerado por la propia demandada en la contestación. Por más que sea un servicio distinto del suministro propiamente y por más que el consumidor haya de marcar la casilla correspondiente para su activación, es obvio que se trata de un servicio adicional que el consumidor contrata al darse de alta en el suministro eléctrico o gasista, en el mismo instrumento contractual y vinculado a la prestación principal que demanda de la comercializadora. No ha visto esta juzgadora, porque no se ha aportado, un instrumento contractual independiente del suministro eléctrico por el que Iberdrola comercialice servicios de reparación de electrodomésticos; y aunque existiera, lo que aquí se enjuicia es un servicio adicional que se oferta en un contrato de suministro de electricidad y gas natural. Es más, en las condiciones generales aportadas por la demandada, en las específicas del SPEH, vemos que su alta se vincula en todo caso a un suministro de electricidad o gas; se activa el servicio bien al darse de alta en el suministro principal, bien después, cuando ya rige el contrato de suministro; pero en todo caso, el SPEH se activa de forma accesorio y vinculada al suministro de energía»

⁵² Señala la Sentencia (FJ5º) que: “En cambio, una vez activado, el servicio adicional se desvincula del suministro principal y la cláusula impugnada dice que la baja en el suministro no implicará la desactivación del SPEH. Con ello, el consumidor se encuentra que firmó o acordó en unidad de acto un suministro con uno o varios servicios adicionales, pero cuando quiere cesar la relación con la suministradora y poner fin a la relación contractual que le une a Iberdrola, tiene que emitir dos declaraciones de voluntad independientes, separadas y diferenciadas; debe manifestar que se quiere dar de baja en el suministro y debe manifestar que quiere darse de baja también en todos los servicios accesorios o complementarios. No puede negarse que ello implica un procedimiento distinto del empleado para la activación del servicio. A la hora de activarlo, se vincula a un suministro de electricidad o gas natural, pero el consumidor debe tener en cuenta que si manifiesta su voluntad de cesar la relación contractual con la demandada ésta solo va a entender que se quiere desvincular en parte de las prestaciones contratadas”.

4º) Endesa ha generado un problema específico, al separar el suministro de energía y los servicios accesorios, que se prestan mediante otra empresa del grupo (Endesa X) distinta a la suministradora de energía. A partir de febrero de 2021 excluyó de su oferta de adhesión a arbitraje las controversias relacionadas con los contratos de servicios accesorios, si bien Endesa X no se adhirió a arbitraje. Con el nuevo RDSAC esta limitación ha desaparecido, pero no puede negarse la imposibilidad de entrar a conocer estas reclamaciones por el Colegio arbitral si los contratos no se celebraron conjuntamente, dado que la oferta a arbitraje se considera realizada para “todas las actividades que desarrolle el empresario bajo el mismo número de identificación fiscal, nombre comercial o marca”, y Endesa X tiene distinto NIF y nombre comercial que Endesa Energía SAU.

5º) En alguna ocasión se plantean reclamaciones en las que el consumidor, de repente, se da cuenta de que le están cobrando este servicio accesorio desde hace tiempo y no lo ha contratado. Si en tal caso el servicio no está vinculado a un descuento en el precio del suministro principal (dado que si lo está no se puede aceptar que sea cierto ese desconocimiento) y además no figura incluido en el contrato aportado al expediente, hay que entrar en si se ha prestado o no dicho servicio o si el consumidor lo ha utilizado durante todo el tiempo (por ejemplo, si se le ha realizado o no la revisión anual de la caldera). Si nunca le han realizado ninguna revisión de la caldera, se trataría de un incumplimiento del contrato en el que no se lleva a cabo la prestación principal del mismo: revisión anual de caldera y atención en caso de solicitud previa por el consumidor debido a alguna incidencia. Este incumplimiento permitiría la resolución del contrato, con base en el art. 1124 CC, y la restitución de las prestaciones recibidas desde la celebración del contrato, en virtud del art. 1301 CC, con la limitación de 5 años hacia atrás desde la interposición de la reclamación en consumo, porque el art. 1964.2 CC, prevé que las acciones personales prescriben a los cinco años, por lo que los servicios no prestados con carácter previo a dichos cinco años no podrán reembolsarse. Si se han realizado las revisiones anuales de la caldera, o en algún momento se ha solicitado la asistencia contratada, no cabe la resolución contractual, ni la restitución de los pagos realizados.

En algún caso, pese a la negativa del consumidor de haber contratado dichos servicios, éstos figuran incluidos en el contrato o son requisito imprescindible para obtener los descuentos aceptados por el consumidor, en cuyo caso debe desestimarse la reclamación del consumidor.

VII. FACTURACIÓN EXCESIVA Y RETRASOS EN FACTURACIÓN.

La mayor parte de las reclamaciones se genera por facturas elevadas que el consumidor considera excesivas. Las causas más habituales son las siguientes:

- 1) La existencia de sucesivas facturas con lecturas estimadas, y cuando se produce la regularización con la lectura real del contador, la factura resultante es extremadamente elevada.
- 2) La concatenación de lecturas estimadas durante varios períodos (mensuales o bimensuales) de facturación, dentro de los cuales se produce la renovación anual, lo que en tarifas planas, y especialmente en tarifas reguladas o con rangos de consumo determinados (como los RL del gas) provoca, a veces, el salto al nivel superior de consumo, lo que implica un incremento considerable de precio.
- 3) En ocasiones procede directamente de la renovación de precios, o de la incorporación de costes regulados (como ocurrió con el mecanismo ibérico).
- 4) También puede derivarse de un malfuncionamiento del contador, que obliga a una corrección y refacturación de las facturas ya emitidas.
- 5) A veces el error deriva de que se han pagado por consumos estimados, y al regularizar con lecturas reales se ha pagado dos veces el mismo tramo de consumo.
- 6) Otras veces la facturación excesiva procede de exceder el consumo máximo previsto en un contrato de tarifa plana con máximo de consumo, y la inclusión de los excedentes de consumo a un precio elevado (pero previsto en el contrato). Esto puede ocurrir en tarifas planas con consumo máximo anual, y también puede darse en tarifas con rangos fijos, en las que el consumo de solo un kwh de más puede provocar que toda la tarificación pase al siguiente nivel, por los rangos preestablecidos por la normativa (por ejemplo, mantenerse en RL1, con 5.000 kwh anuales o pasar a ser RL2 por 5.001 kwh de consumo).

En estas cuotas planas, debe prestarse atención a la información que se detalla en la factura en la que se va dando cuenta del consumo acumulado desde la fecha de inicio o renovación del contrato. Y debe tenerse especial cuidado si dicha información no está actualizada, como consecuencia de la inexistencia de lectura real del contador.

- 7) Defectuosa aplicación de descuentos ofertados, que provoca una facturación superior a la pactada.

- 8) Otro de los problemas procede de la tarificación a precio diferente del ofertado al contratar. En este caso, el consumidor debe aportar un principio de prueba del precio pactado⁵³, (a veces mediante grabación, otras con el propio contrato o la publicidad). Puede proceder de que se tarifique mal el precio del consumo, o del descuento que debe aplicarse.
- 9) Por último, debemos hacer referencia a la posible inclusión de los consumidores en ficheros de solvencia patrimonial con motivo de la deuda reclamada por la comercializadora. Una vez iniciado el procedimiento arbitral, la reclamada no puede solicitar la inclusión del consumidor por dicha deuda en un fichero, porque el art. 20 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales exige que se trate de deudas ciertas, vencidas y exigibles, y que no se trate de créditos litigiosos. La interposición de una solicitud de arbitraje implica que la deuda es controvertida o está en litigio “extrajudicial”, por lo que durante la tramitación no puede ser incluido el consumidor en un fichero de solvencia patrimonial. Si ya se le ha incluido en dicho fichero antes de que inicie la solicitud de arbitraje, y el laudo estima la pretensión del consumidor anulando la deuda, o reduciéndola por debajo de 50 euros (Disp. Adic. 6^a LOPDP), el consumidor tendría derecho (si así lo ha solicitado) a una indemnización del daño moral derivado contra su honor por la inclusión indebida en un fichero de solvencia patrimonial.

Desde el punto de vista de las comercializadoras, debe tenerse en cuenta que no pueden iniciar un procedimiento arbitral para reclamar el pago de la deuda pendiente derivada del contrato, aunque sí pueden recurrir a la reconvencción una vez iniciado el procedimiento por el consumidor. Como parte actora, pueden instar (antes de que el consumidor haya interpuesto su reclamación arbitral) un procedimiento monitorio para exigir el pago de la deuda pendiente, y ello puede hacerse basándose exclusivamente en la aportación de las facturas pendientes de pago, sin aportar el contrato. Aunque la tendencia inicial de los tribunales de primera instancia era su inadmisión, las Audiencias Provinciales, están estimando los recursos⁵⁴. Aunque

⁵³ Si no aporta prueba alguna, el Colegio desestimarà la pretensión salvo que la comercializadora no impugne ese precio o indique un precio diferente.

⁵⁴ Veánse los Autos de las AAPP: AAP de Madrid, Sección 14^a, Auto 438/2024 de 13 Diciembre 2024, ECLI: ES:APM:2024:7513A; AAP de Málaga, Sección 6^a, Auto 98/2025 de 10 Mar. 2025, ECLI: ES:APMA:2025:275A; AAP de Vizcaya, Sección 4^a, Auto 63/2025 de 11 Marzo 2025, ECLI: ES:APBI:2025:797A; AAP de Barcelona, Sección 17^a, Auto 165/2025 de 20 Marzo 2025, ECLI: ES:APB:2025:2760A; AAP de Barcelona, Sección 4^a, Auto 105/2025 de 31 Marzo 2025, ECLI: ES:APB:2025:2983A; AAP de Madrid, Sección 14^a, Auto 207/2025 de 24 Abril 2025, ECLI:

según el art. 815 LEC, al faltar el elemento esencial acreditativo de la deuda (el contrato) es imposible realizar el control de oficio de cláusulas abusivas a que se refiere el art. 815.4 LEC, las Audiencias consideran que al tratarse de un sector regulado las propias facturas cumplen los requisitos exigidos por el art. 812 LEC y procede la admisión del procedimiento monitorio.

VII.1. Lecturas estimadas y regularización

Uno de los problemas habituales en relación con la facturación procede de las sucesivas lecturas estimadas por parte de las distribuidoras, que son las responsables de la toma de lectura de los equipos de medida, tanto en el caso de la energía eléctrica⁵⁵ como gasística⁵⁶. La normativa exige al menos “una regularización mínima anual en base a la lectura real” (art. 51.4 y 52.4 RD 1434/2002 para el gas y art. 82.2 RD 1955/2000).

Si al producirse la regularización con lectura real sobre el consumo estimado facturado, se hubieran facturado cantidades inferiores a las debidas, la diferencia a efectos de pago será prorrateada en tantas facturas como meses transcurrieron desde la última lectura real, con el límite de seis meses en el caso del gas (art. 51.5 RD 1434/2002) y de doce meses en el caso del suministro eléctrico (art. 96.2 RD 1955/2000). Transcurridos respectivamente seis y doce meses, no será exigible el pago de rectificación alguna que se haga con posterioridad.

Si al producirse la regularización se hubieran facturado cantidades superiores a las debidas deberán devolverse todas las cantidades indebidamente facturadas en la primera facturación siguiente, sin que pueda producirse fraccionamiento de los importes a devolver, sin límite de tiempo, y aplicando en todo caso a las cantidades adelantadas el interés legal del dinero vigente en el momento de la refacturación (respectivamente art. 51.5 párrafo 3º RD 1434/2002 para el gas y art. 96.2 RD 1955/2000 párrafos tercero y cuarto para la electricidad).

ES:APM:2025:3113A; AAP de Madrid, Sección 14ª, Auto 236/2025 de 29 Abril 2025, ECLI: ES:APM:2025:3356A; AAP de Navarra, Sección 3ª, Auto 226/2025 de 12 Junio 2025, ECLI: ES:APNA:2025:827A.

⁵⁵ Así lo establece el art. 95.1 RD 1955/2000, de 1 de diciembre.

⁵⁶ Obligación establecida, para el suministro de gas tanto en el art. 51.1 del RD 1434/2002, de 27 de diciembre, como en el artículo 10.2.i del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural.

VII.2. *Mal funcionamiento del contador*

El funcionamiento defectuoso del contador puede ser motivo de refacturación por parte de la distribuidora, que a su vez genera una factura ATR a la comercializadora para que ésta la repercuta al consumidor. La detección del mal funcionamiento puede darse como resultado de una revisión de los equipos de medida a instancia de la distribuidora⁵⁷, la comercializadora o previa solicitud del consumidor⁵⁸ (quien deberá hacerse cargo de los gastos si el funcionamiento del equipo resulta correcto, *ex art.* 50.1 RD 1434/2002).

La distribuidora, en tanto que propietaria de los equipos de medida y control está obligada a la reparación o sustitución del contador cuando sufra averías (art. 94 RD 1955/2000). Detectado el incorrecto funcionamiento del contador, se procederá a su reparación o sustitución.

Para la facturación complementaria de los suministros efectuados, en el caso del suministro eléctrico se aplica el precepto ya analizado: art. 96.2 RD 1955/2000, tanto si se habían facturado cantidades inferiores (con el máximo de 12 meses, y el pago prorrateado en los mismos plazos que se produjo el mal funcionamiento, con el límite de 12 meses) como superiores a las realmente suministradas. No explica el precepto cómo se determina el período en que ha funcionado mal el equipo de medida.

En cambio, en el caso del suministro de gas, el art. 50.2 RD 1434/2002 prevé que se procederá a efectuar una facturación complementaria, por la mitad del tiempo transcurrido entre la última revisión o instalación del equipo y el momento de la comprobación, (siempre que no exista acuerdo en la determinación del momento en el que se produjo la causa del error no admisible). En ningún caso, dicho periodo podrá exceder de un año.

La solución es la misma que en el caso del suministro eléctrico:

⁵⁷ *Vid.* art. 96.1 RD 1955/2000 para suministro eléctrico y art. 10.3, apartados o) y s) RD 1434/2002 (revisión de instalaciones receptoras de los usuarios).

⁵⁸ Así por ejemplo, los arts. 57 *bis.c* LSH y arts. 22.1.d y 50 RD 1434/2002 conceden al consumidor el derecho a solicitar la verificación del buen funcionamiento de los equipos de medida de los suministros de gas. Igualmente, las comercializadoras lo solicitarán en nombre de los consumidores en el suministro eléctrico (art. 46.2.f LSE).

- En caso de que se hubieran facturado cantidades inferiores a las debidas, la diferencia a efectos de pago podrá ser prorrateada en tantas facturas mensuales como meses transcurrieron en el error.
- En caso de que se hubiesen abonado cantidades en exceso, la devolución se producirá en la primera facturación siguiente, sin que pueda producirse fraccionamiento de los importes a devolver. En este caso, se aplicará a las cantidades adelantadas el interés legal del dinero.

VII.3. Retrasos en la facturación

En determinadas ocasiones, la controversia surge del retraso por parte de la comercializadora en la emisión de facturas, que no se giran al consumidor con la periodicidad prevista (mensual o bimensual). Los retrasos en la facturación acumulan gasto para el consumidor que de repente recibe varias facturas que tiene que afrontar, y además si entre medias se ha producido una renovación contractual, puede incrementarse el precio del kwh consumido, provocando un gasto mucho más elevado del que el consumidor esperaba. El retraso en la facturación provoca dos efectos directos y perjudiciales sobre el consumidor, como son que el consumidor no puede moderar sus hábitos de consumo, reduciendo el consumo para a su vez reducir el importe de la factura y tampoco puede buscar opciones alternativas de mejores precios cambiándose de comercializadora.

En ocasiones estos retrasos se producen por problemas o incidencias informáticas en la comercializadora, y otras veces se debe a una rectificación sobre u consumo estimado realizado con anterioridad.

La normativa sectorial plantea determinados límites temporales a la emisión de estas facturaciones con retraso:

En el caso del suministro eléctrico, el retraso en la emisión de facturación durante más de un año impide que se puedan ya cobrar esas facturas, por aplicación analógica del art. 96.2 RD 1955/2000 y el Acuerdo CNMC (expediente CNS/DE 964/21) de 22 de diciembre de 2021. Según se afirma en este Acuerdo (consideración 2.1), “la falta de facturación en un periodo determinado, así como el retraso en la toma de lecturas reales por la compañía distribuidora debe tratarse, a falta de una regulación más específica,

como un error de tipo administrativo en lo que se refiere a la facturación a los consumidores finales”.

El art. 96.2 RD 1955/2000 prevé que, en caso de error administrativo, los cobros o devoluciones tendrán el mismo tratamiento que la facturación inferior o superior a la debida. En el caso de recálculo de cantidades facturadas inferiores a las debidas, el período a rectificar no puede exceder de un año. Por lo tanto, si se emiten facturas en las que el período de consumo es superior a un año desde el momento de la emisión, dichas facturas no podrán cobrarse, porque el citado art. 96.2 “impide trasladar al consumidor una corrección en la facturación (que sea en perjuicio del mismo) que se deba a consumos anteriores al año (ya sea la causa de esa corrección un mal funcionamiento del equipo de medida o un error administrativo del sujeto que emite las facturas)”.

En el caso del suministro de gas, el art. 51.5. RD 1434/2002, prevé en su párrafo 2º que: *“Si como consecuencia de errores administrativos por parte de la empresa distribuidora se hubiesen facturado cantidades inferiores a las debidas, la diferencia a efectos de pago será prorrateada en tantas facturas como meses transcurrieron en el error, sin que pueda exceder el aplazamiento ni el periodo a rectificar de seis meses, excepto en el caso en que la lectura suministrada por el consumidor haya sido inferior a la real”*.

Y el último párrafo de este art. 51.5 RD 1434/2002 establece que: *“La no facturación en plazo y el retraso en la toma de lecturas reales por la empresa distribuidora tendrán el mismo tratamiento que los errores de tipo administrativo, salvo en los casos en que el consumidor no haya permitido el acceso al contador ni haya suministrado la lectura del mismo”*. Por lo tanto, y con la salvedad mencionada, el retraso superior a seis meses en la emisión (o corrección) de una factura no podrá ser repercutida al consumidor.

VIII. BREVE REFERENCIA A LA MANIPULACIÓN DE CONTADORES.

Cuestión distinta del mal funcionamiento del contador es que se haya producido una manipulación del equipo de medida⁵⁹. Como el consumidor es responsable de la

⁵⁹ Art. 87, párrafo 1º, letra c. RD 1955/2000 y art. 56.1.c RD 1434/2002.

custodia de los equipos de medida y control, si existe una manipulación del contador (por ejemplo, por rotura del precinto) se imputa la responsabilidad al consumidor⁶⁰.

En tal caso, la distribuidora puede interrumpir el suministro de modo inmediato, y podemos estar ante un posible delito de defraudación de energía eléctrica o de gas (art. 255 LO 10/1995 del CP), por lo que estaríamos ante un supuesto excluido del ámbito del arbitraje (por el art. 2.2.a RDSAC⁶¹).

1º) En caso de manipulación de contador eléctrico, el art. 87, párrafo 2º RD 1955/2000 establece como sanción administrativa la refacturación, “de no existir un criterio objetivo”, de “un importe correspondiente al producto de la potencia contratada, o que se hubiese debido contratar, por seis horas de utilización diarias durante un año, sin perjuicio de las acciones penales o civiles que se puedan interponer”.

Debe interpretarse qué se entiende por “criterio objetivo”, puesto que ello permitiría la inaplicación de la sanción “regulada” en el precepto. Podríamos interpretar que sería posible entrar a conocer la controversia si el consumidor presenta una evidencia, como podría ser toda la facturación del año o años anteriores, para demostrar que el consumo no ha variado (o no existe gran diferencia) antes y después de haber sustituido el contador “manipulado”; o por ejemplo, si el consumidor es arrendatario de la vivienda, y lleva menos tiempo del año viviendo en dicha dirección (en cuyo caso debería al menos reducirse proporcionalmente la sanción al tiempo en el que haya vivido en ese domicilio), pero siempre quedaría la duda de si la manipulación ha podido ser previa a que el citado inquilino hubiese entrado en la vivienda. En todo caso, la existencia de “un criterio objetivo”, como señala el precepto debería servir para reducir la facturación complementaria que haya sido girada por la distribuidora.

2º) En caso de manipulación de contador de gas, las consecuencias de la manipulación del contador se contemplan en el art. 80. del Decreto 2913/1973, de 26 de

⁶⁰ Por limitación de espacio no se puede entrar a analizar la normativa relativa a la inspección y determinación de la existencia de manipulación en los contadores eléctricos (contemplada en la Ley 32/2014 de 22 de diciembre de 2014, metrología, especialmente en su art. 10, y los arts. 93.3 y 94 RD 1955/2000, así como art. 29 RD 1725/1984 de 18 de julio, por el que se modifican el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía y el modelo de póliza de abono para el suministro de energía eléctrica y las condiciones de carácter general de la misma) y en los contadores de gas (arts. 79 y 80 Decreto 2913/1973, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles).

⁶¹ Este precepto excluye del arbitraje de consumo, entre otras, las controversias en las que existan indicios racionales de delito. En este sentido, de no entrar a conocer el fondo del asunto se resolvió el expediente IRAC 3437/2023.

octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles, que dispone que para calcular la cuantía del fraude, debe distinguirse entre usos domésticos y otros usos (que no nos interesan al no afectar a consumidores), y entre que la manipulación se haya producido en el contador o por tomas efectuadas antes del contador, debiendo procederse en la forma siguiente:

a) Para uso doméstico y con manipulación del propio contador, se establece que si no se conoce el tiempo de duración de la manipulación, y por lo tanto, del consumo fraudulento, se estimará un consumo de seis horas diarias calculadas desde la última inspección oficial o, en su defecto, desde la fecha en que empezó el suministro, no pudiendo superarse las 1.080 horas.

Es decir, el máximo de facturación complementaria que puede girarse al consumidor es de 1.080 horas en total (el equivalente a seis horas diarias de consumo durante seis meses), disminuyendo los suministros que hubieran sido abonados ya por el consumidor en sus facturas de dicho período⁶².

b) Si el fraude ha tenido lugar por tomas efectuadas antes del contador, se aplicará a los receptores de energía fraudulenta lo dispuesto anteriormente, sin que deba descontarse lo señalado en el contador.

En definitiva, en estos supuestos de manipulación de contador, puede o no entrarse a conocer la controversia en aplicación del art. 2.2.a RDSAC, o entrar a conocer, si se considera que existe un “criterio objetivo”, que permita reducir la facturación complementaria prevista en el art. 87 RD 1955/2000 para los contadores de luz, o, en el caso de los contadores de gas, que pueda determinarse el tiempo de duración de la manipulación o acortarse las 1.080 horas calculadas, si la inspección oficial se realizó en los seis meses anteriores a la determinación de la existencia de la manipulación (en aplicación de lo previsto en el art. 80 Decreto 2913/1973).

⁶² El art. 80.a Decreto 2913/1973 establece que: “*Si se han falseado las indicaciones del contador por cualquier procedimiento o dispositivo que dé lugar a un funcionamiento anormal de dicho aparato, pero sin que deje de pasar por el mismo la totalidad del fluido gastado en la instalación y no se conociese el tiempo de duración del gasto, y por tanto, del consumo fraudulento, se estimará éste como de seis horas diarias en el caso de usos domésticos desde que se, efectuó la última inspección oficial, o en su defecto, desde la fecha en que empezó el suministro, sin que en ningún caso pueda exceder dicho tiempo del total de 1.080 horas*”. “*(...) Se descontará del importe del fraude la cantidad correspondiente de lo que hubiese señalado el contador*”.

Bibliografía

- AGUADO PALANCO, J.M. et ali (2008): *Manual del Sector de Hidrocarburos. Ley 34/1998, de 7 de octubre*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- BECKER, F; CAZORLA, L.; MARTÍNEZ SIMANCAS, J. y SALA, J.M. (Dirs.) (2009): *Tratado de la regulación del Sector Eléctrico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- DÍAZ ALABART, S. (2022): «Empresas eléctricas y protección de los consumidores en la contratación del suministro de electricidad», en DÍAZ ALABART, S. y ROGEL VIDE, C. (Coords.), *Energía eléctrica, consumidores y derecho*, Ed. Reus, Madrid /pp. 23 y ss.).
- FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, L. (1992): *El contrato de suministro. El incumplimiento*, RDU Ediciones, Madrid.
- JOVER GÓMEZ-FERRER, J.; TARLEA JIMÉNEZ, R. y GIL-CASARES CERVERA, C. (2021): *Regulación del sistema eléctrico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- MOLINS SANCHO, F. (2022): *El contrato de suministro*, Ed. Atelier, Barcelona.
- SÁNCHEZ GÓMEZ. A. (2015): «Comentario al artículo 98 TRLCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, (pp. 1483 y ss.).
- TARLEA JIMÉNEZ, R. (2021): «El transporte y la distribución de energía eléctrica», en JOVER GÓMEZ-FERRER, J.; TARLEA JIMÉNEZ, R. y GIL-CASARES CERVERA, C.: *Regulación del sistema eléctrico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (pp. 305 y ss.).
- TARLEA JIMÉNEZ, R. (2021): «El suministro de energía eléctrica», en JOVER GÓMEZ-FERRER, J.; TARLEA JIMÉNEZ, R. y GIL-CASARES CERVERA, C.: *Regulación del sistema eléctrico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (pp. 399 y ss.).

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONTRATO EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 2023

Private autonomy and contract in the proposed modernization of the civil code of 2023

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN
dolores.cervilla@uca.es
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Cádiz

Cómo citar / Citation

Cervilla Garzón, M^a. D. (2025).
Autonomía de la voluntad y contrato en la propuesta de modernización del Código Civil de 2023.
Cuadernos de Derecho Privado, 12, pp. 56-84
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.80>

(Recepción: 27/06/2025; aceptación: 03/09/2025; publicación: 03/09/2025)

Resumen

La publicación de la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023 invita a debatir sobre su contenido y reflexionar sobre su oportunidad. En este sentido, este trabajo realiza un análisis crítico de los preceptos que la PM23 dedica al concepto de contrato, los requisitos que lo definen y los límites a la libertad contractual.

Palabras clave

Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023, contrato, libertad contractual.

Abstract:

The publication of the Proposed Modernization of the Civil Code of 2023 invites to debate its content and reflect on its timeliness. So, this paper critically analyzes the provision of PM23 dedicated to the concept of the contract, the requirements that define it, and the limits to contractual freedom.

Keywords: *Proposed Modernization of the Civil Code of 2023, contract, contractual freedom.*

SUMARIO:

I. PREFACIO: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. II. CONCEPTO AMPLIO DE CONTRATO: LA INTENCIÓN DE VINCULARSE (Y DE NO VINCULARSE). III. LA BUENA FE OBLIGA Y LA CONFIANZA TAMBIÉN. IV. OBJETO DEL CONTRATO *VERSUS* ACUERDO SUFICIENTE. V. UN CONTRATO SIN CAUSA: LA FINALIDAD DEL CONTRATO. VI. NADA SIN EL CONSENTIMIENTO. a) Los actos concluyentes: el que calla “no

otorga”. b) Muy “poca” forma. VII. UN CONTRATO QUE NO DISCRIMINA. VII. SIEMPRE EL LEGISLADOR, NUNCA MÁS LA MORAL. *Bibliografía.*

I. PREFACIO: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Dieciséis años después de la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009 (en adelante PM09)¹ la Comisión General de Codificación nos regala un nuevo texto que, bebiendo de su predecesor, contiene soluciones más modernas. Con clara influencia de los borradores fallidos del llamado Derecho contractual europeo², así como de los códigos reformados del entorno (Francia 2016-2018, Bélgica 2022 y Alemania 2000³), esta nueva propuesta (en adelante PM23)⁴ sin preterir nuestra tradición jurídica, acomete cambios significativos que mejorarán la normativa desfasada de nuestro Código. Su estudio y análisis es obligado para cualquier civilista, no solo por lo atractivo del contenido, sino por las personas (compañeros de la Academia) que han dedicado su tiempo y su saber en construirla con el fin de incentivar al remiso legislador. En palabras de la profesora GARCÍA RUBIO, una de las encargadas de su elaboración, su finalidad no es otra que “...poner orden y recoger en un cuerpo legal de especial *auctoritas* y tradición vertebradora las normas generales más señeras o más estructurales del sistema... Este deseo de ordenación actualizada es, precisamente, lo que pretende la PM23”⁵. Analizar y comentar la propuesta ayuda a visibilizarla con la esperanza de llamar la atención de los que tienen en sus manos su implementación.

Como quiera que este es el resultado de mi primer acercamiento al texto que protagoniza este ensayo, debo acotar mis reflexiones a una de las áreas temáticas que en

¹ La propuesta se encuentra publicada en la página web del Ministerio de Justicia: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Ano_2009.PDF

² En particular, *Principle European Contract Law*, PECL, *Draft Common Frame of Reference*, DCFR.

³ A esta influencia se refiere, expresamente, la exposición de motivos pp. 20-22, con clara alusión a la reforma acometida en estos tres códigos en materia de obligaciones y contratos. No le parece adecuada a Espejo Lerdo de Tejada (2025:23) la alusión en la exposición de motivos a que uno de los motivos de la propuesta es la situación de desventaja del ordenamiento español en relación al de estos códigos reformados. Incluso se pregunta si es necesario la reforma, temeroso que, al igual que la PM09 ha quedado anticuada, esta, una vez incorporada (si así lo hiciera el legislador) corriera igual suerte que su predecesora.

⁴ La propuesta se encuentra publicada en la página web del Ministerio de Justicia: <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>

⁵ García Rubio (2024:31)

él se contienen. Por esa confesable *vis atractiva* que tiene para mí la libertad contractual, la elección ha recaído en el contrato, como instrumento en el que esta se cristaliza, deteniéndome en los límites a la autonomía de la voluntad, fronteras de la libertad cuando converge con otros derechos también protegidos en nuestras normas.

El objetivo de este ensayo, pues, consiste en concretar el concepto del contrato de la propuesta, valorando si es acertada su configuración. Ello nos conduce, necesariamente, al análisis de los requisitos esenciales que determinan su existencia (los que están y los preteridos) que serán abordados desde su oportunidad y, sobre todo, teniendo en cuenta su incidencia en la eficacia del acuerdo. También se dirigen, irremediabilmente, nuestras reflexiones a la extensión de la autonomía negocial, valorando los límites impuestos por el legislador para salvaguardar otros intereses de mayor calado y que se superponen a la libertad contractual.

Para ello circunscribiremos nuestro análisis a la Sección primera, del capítulo I, Título II, artículos 1218 a 1229, en donde se ubica el concepto de contrato y las reglas generales que determinan su eficacia. No obstante, y dado que estamos ante una propuesta normativa conjunta que afecta a un sector definido del CC, nuestra disertación sobre los mencionados preceptos nos conducirá, para una mejor comprensión, a otros como los artículos 1293, 1244, 1276 o 1239 que serán abordados solo en relación a los primeros, y no de manera independiente o autónoma.

Vaya por delante que este trabajo no es en modo alguno ambicioso ni pretencioso y solo contiene mis primeras reflexiones sobre la materia. Mi intención no es otra que compartirlas con el lector, incentivando su curiosidad por la PM23 con el ánimo de hacerla “nuestra”; porque dicha familiaridad constituye la clave para su recepción.

II. CONCEPTO AMPLIO DE CONTRATO: LA INTENCIÓN DE VINCULARSE (Y DE NO VINCULARSE)

Reproduciendo el texto del artículo 1236 PM09⁶, el artículo 1218.1 PM23 no añade ni un ápice al concepto de contrato del referido precepto: “Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y establecer las reglas que le serán aplicables”. Concepto más amplio⁷ y más moderno⁸ que

⁶ “Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, y establecer reglas para las mismas”.

⁷ Morales Moreno (2024:101).

⁸ Salvador Corderch (2011:11), considera que el contrato moderno es un instrumento de generación de riqueza: “los contratos son el vehículo legal que permite-y garantiza, al menos hasta cierto punto-llevar

el que, actualmente, expresa el artículo 1254 CC, pues abraza otros acuerdos contractuales como la transacción o el arbitraje en los que, técnicamente, las partes no se obligan a dar una cosa o prestar un servicio; pero de los que no se cuestiona su naturaleza contractual, a pesar de no encontrarse dentro del ámbito marcado por el citado precepto.

La nota de la patrimonialidad de la relación contractual como característica esencial del contrato, que no está presente en el actual precepto del CC, introduce en el concepto un aspecto que había sido cuestionado por la doctrina, quien no dudaba de la “patrimonialidad”⁹ de la relación obligatoria, pero sí sobre la calificación como “contrato” de acuerdos de los que derivaban relaciones jurídicas no patrimoniales, básicamente de carácter familiar. Quedan fuera, pues, del mismo las relaciones jurídicas no patrimoniales que pueden entablarse entre las partes y que no por ello dejan de ser exigibles. El contrato se erige, así, como un instrumento de autorregulación de relaciones patrimoniales que no necesariamente deben adoptar la fórmula de intercambio de bienes y servicios.

Se ha cuestionado por el profesor RODRÍGUEZ ROSADO la oportunidad de incluir en la PM23 un concepto de contrato pues ello obliga a los redactores a optar por alguna de las concepciones que de este instrumento se han construido por la doctrina y que figuran en los códigos de nuestro entorno¹⁰. Además, en su opinión, la definición del art. 1218.1 PM23 se encuentra alejada de nuestra tradición jurídica que concibe el contrato como “negocio jurídico generador de obligaciones, y no en general productor de cualquier clase de efecto patrimonial, tanto obligacional como directamente real”¹¹, lo que produce una disfunción no recomendable. Con independencia de lo fundamentado de sus postulados, no comparto la disfunción que aprecia el citado autor, pues si bien la definición opta con una concepción del contrato coherente con su patrimonialidad esta circunstancia aporta más ventajas que los inconvenientes que indica y que, por otra parte, no perjudican al régimen jurídico que la PM23 predica.

recursos económicos de manos de quienes los valoran menos a las de quienes los valoran más, es decir, de las de quienes los rentabilizan menos a las de quienes los rentabilizan más”.

⁹ Por poner un ejemplo, Bello Janeiro (2010:129)

¹⁰ Rodríguez Rosado (2025:115-116) sintetiza estas tres concepciones: el contrato creador de obligaciones (Pothier), el contrato como instrumento para regir relaciones jurídicas (Savigny) y el contrato destinado a alterar relaciones jurídicas patrimoniales (Código civil italiano), y considera que la definición de la PM23 se aleja de la primera de las acepciones que es la que se desprende de la regulación de nuestro CC y asume la segunda y tercera carente de tradición en nuestro Derecho.

¹¹ Rodríguez Rosado (2025:118)

Por otro lado, el párrafo segundo del artículo 1218¹², con clara influencia del *common law*¹³ y directamente inspirado en el DCFR¹⁴, introduce un elemento que flexibiliza el concepto, situando el eje vertebrador del contrato en la voluntad del sujeto, de manera que su existencia deja de estar vinculada a la concurrencia de requisitos si existe “intención de vincularse”, supeditada a que el acuerdo pueda calificarse objetivamente como “suficiente”. La prueba de la “intencionalidad” no deja de presentar dificultades, lo que es habitual en los aspectos subjetivos de cualquier conflicto y sobre los que el legislador edifica reglas para establecer su existencia o la causa que genera la responsabilidad por el incumplimiento. En cambio, una vez acreditada la voluntad de ambas partes de establecer una relación vinculante, la “suficiencia” del pacto es más fácilmente constatable dada su objetividad, pues lo será si, aun siendo incompleto el acuerdo, este reúna el contenido necesario para ser efectivo, interpretando dicha característica (la necesidad) de manera amplia.

Si la “cara” de la moneda podría situarse en la intención de obligarse a la que nos hemos referido, la “cruz” vendría definida por la intención de no hacerlo. La PM23 es sensible a esta dicotomía para considerar que dicha intención también debe gozar de efectos jurídicos pues, en otro caso, la primera dejaría de tener sentido. El art. 1226 PM23, titulado “reserva de una parte a la celebración del contrato” se refiere específicamente a este supuesto: una de las partes ha expresado su intención de no quedar vinculada por el contrato “hasta que se alcance un acuerdo sobre determinadas cláusulas o hasta que se suscriba un concreto documento”, lo que comporta que la celebración del contrato queda relegada hasta ese momento. Ciertamente, que ello tenga lugar requiere que la otra parte esté de acuerdo con dicha reserva, pues en otro caso lo expresado carecería de sentido al dejar la efectividad de la celebración del contrato a la voluntad de uno de los contratantes.

Aunque, una vez consensuada la reserva en los términos expuestos, cualquiera de las partes está legitimada para llegar o no a un acuerdo sobre las cláusulas en las que verse la reserva o la suscripción (o no) del documento aludido.

¹² “2. Hay contrato si las partes tienen intención de vincularse y han alcanzado un acuerdo suficiente que permita su ejecución, sin perjuicio de que hayan dejado algún aspecto pendiente de ulteriores negociaciones.”

¹³ Simón Moreno (2012:78) y Aguirre Allende (2025: 2), entre otros incluyen entre los requisitos del contrato en el modelo anglosajón la “intención de vincularse”.

¹⁴ II.-4:101: “Un contrato se entiende celebrado, sin necesidad de ningún otro requisito adicional si las partes: a) tienen intención de vincularse jurídicamente o de conseguir algún efecto jurídico; y b) alcanzar un acuerdo suficiente”. Bosch Capdevilla (2012:274-275) analiza ambos elementos, subjetivo (voluntad) y objetivo (acuerdo suficiente).

III. LA BUENA FE “OBLIGA” Y LA CONFIANZA, TAMBIÉN

Que el principio de buena fe, informador de nuestro ordenamiento jurídico, goza de una especial proyección en el Derecho de los contratos no es algo novedoso. De todos es sabido, no solo que los derechos deben ejercitarse conforme a la buena fe según el dictado del art. 7.2 CC (actuando, en este sentido, la buena fe como límite al ejercicio de los derechos), sino que la buena fe, en su función normativa, integra el contrato generando derechos y obligaciones que pudieran no ser queridos por las partes¹⁵. Así, los artículos 1220¹⁶ y 1231¹⁷ PM23 no añaden nada nuevo a lo que conforma uno de los ejes sobre los que se construye el Derecho privado.

Ahora bien, distinto es el contenido del art. 1225 PM23 que, a modo de regla general¹⁸, atribuye consecuencias jurídicas a la apariencia, de forma similar a como acaece en concretos supuestos del ámbito de los derechos reales (adquisición *a non domino* del art. 464 CC, por ejemplo). Efectivamente, la buena fe en su vertiente subjetiva y sustentada en la seguridad jurídica del tráfico económico ha llevado al legislador en determinados supuestos a considerar que la creencia justificada en una situación generada por otro sujeto es digna de protección, de manera que el sujeto que ha confiado es mantenido en las expectativas nacidas de la confianza.

Esta forma de proceder, por otra parte, no resulta extraña a los textos europeos en los que la protección de la confianza razonable y de las expectativas del contratante confiado es uno de los principales objetivos del DCFR y de los PECL; ello se logra convirtiendo en vinculante una obligación (o parte de ella) que la otra parte había entendido había sido asumida por aquel que generó dicha expectativa¹⁹.

Situaciones como esta, en verdad no habituales y referidas a casos particulares, no son extrañas en nuestro Derecho, pues de todos es conocida la doctrina jurisprudencial del retraso desleal en el ejercicio de los derechos que impide al que los dejó inactivo reclamarlos; sin duda, por la confianza que generó en los sujetos concernidos al aparentar

¹⁵ Díez Picazo (1982: 19)

¹⁶ “Los contratos deben ser negociados, celebrados y ejecutados de conformidad con las exigencias de la buena fe”. El art. 1245,2 PM09 se refiere solo a la negociación del contrato, con un ámbito más estricto, que el texto propuesto PM23.

¹⁷ “Los contratos obligan no solo al cumplimiento de los pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe al uso y a la ley”. De forma similar (por no decir idéntica), 1243 PM09 y 1258 CC.

¹⁸ En la base sexta de la Propuesta de ley de bases con la que finaliza el texto de la PM23 se dice, textualmente: “Se establecerá una regla de vinculación por la confianza.”

¹⁹ Jerez Delgado (2015:41-42)

un abandono que no era real²⁰. Aunque, como hemos apuntado al inicio de este epígrafe, no existe una regla general, ni tampoco un principio general, como en las propuestas de unificación del Derecho contractual europeo mencionadas, su conexión con el principio de buena fe es más que evidente, siendo la confianza una manifestación de esta²¹.

Volviendo a la PM23, las previsiones del párrafo primero del art. 1225 (“vinculación por confianza”)²² se ubican en una fase previa a la oferta, ya que si las manifestaciones a las que este precepto alude se hubieran generado en este marco integrarían la oferta y, por consiguiente, formarían parte del contrato en virtud de la mecánica de perfección del mismo (oferta-aceptación). El supuesto de hecho de la norma consiste en la apariencia a modo de expectativas que una de las partes ha creado previa a la perfección del contrato, de tal forma que, como consecuencia de la confianza fruto de su buena fe subjetiva, la otra parte considera que dichas expectativas son obligatorias y que el que las ha creado va a cumplirlas. Si, posteriormente, el que las provocó decidiera no atenderlas por no haberse integrado “formalmente” en el contrato celebrado y aunque así fuera (no se han recogido realmente en el clausulado), dichas expectativas son exigibles por la parte que ha confiado.

La *causa iuris* de la exigibilidad es idéntica a la que posibilita al legislador, en determinadas ocasiones, a excepcionar el régimen jurídico general para proteger al que ha confiado de buena fe en las expectativas creadas por la otra parte. En este caso, convierte dichas expectativas en parte del contrato celebrado cuando, realmente, no lo son, dado su carácter anterior a este y no haber formado, ni siquiera, parte de la oferta.

En línea con la mencionada regla general, el art. 1229.2²³ PM23 que reproduce la contenida en el art. 1241 PM09²⁴, regula una concreta proyección de esta anteponiendo la situación generada por la confianza al contenido escrito de una cláusula contractual. El

²⁰ Cañizares Lazo (2020:259-268)

²¹ Así lo concibe el DCFR quien estable dicha conexión de forma expresa. Art. 1:103: “Buena fe contractual (1) La expresión «buena fe contractual» define un standard de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión. (2) En particular, es contrario a la buena fe contractual que una parte actúe de forma incoherente con una previa declaración o conducta suya, en detrimento de la parte que había depositado razonablemente su confianza en tal declaración o conducta.”

²² “Las manifestaciones anteriores a la celebración de un contrato, hechas por una parte contratante, la vinculan si, conforme a la buena fe, han provocado en la otra parte una justificada confianza acerca de ellas.”

²³ “La parte que con su comportamiento haya generado en la otra una confianza legítima en relación a la modificación o extinción del contrato, no podrá invocar la cláusula mencionada en el apartado anterior.”

²⁴ “Un contrato que conste por escrito en el que exista una cláusula que exija que cualquier modificación o extinción del mismo por mutuo acuerdo se haga por escrito, no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, aquella de las partes que con su comportamiento en relación a la modificación o extinción del contrato haya generado en la otra una confianza legítima, no podrá invocar la citada cláusula.”

párrafo primero del citado precepto²⁵ se refiere a la eficacia de la cláusula incluida en un contrato formalizado por escrito que establece que cualquier modificación del contrato o extinción de este, que tenga lugar, obviamente de mutuo acuerdo, deberá llevarse a cabo asimismo por escrito (es decir, no cabe ni oralmente ni de forma tácita). Pues bien, la exigibilidad de la forma escrita no goza de carácter sustancial (de manera que si dicha modificación o extinción de mutuo acuerdo no se acomodara a esta carecería de efectos modificativos o extintivos), sino que simplemente de ella se deriva la presunción *iuris tantum*. Lo cual tiene toda su lógica, ya que las partes pueden, si lo desean, dotar de efectos modificativos o extintivos a cualquier acuerdo sobre el particular orillando la formalidad a la que previamente se habían comprometido. Simplemente, lo que establece el párrafo primero es que la parte que alega cualquier modificación o extinción deberá acreditar la existencia del consenso sobre la misma, presumiéndose su inexistencia si no consta por escrito una cláusula que así lo expresa. Solo una observación: el ámbito de la regla se circunscribe a contratos formalizados por escrito y, por tanto, la cláusula aludida también lo está. No es operativa la regla en el ámbito de contratos no formalizados por escrito, en los que las partes hubieran pactado que las posibles modificaciones del mismo o su extinción debieran acomodarse a dicha formalidad.

Hasta aquí en la norma no se percibe ninguna incoherencia ni se observa novedad significativa alguna, por amoldarse a los principios que informan el Derecho contractual en los que prevalece siempre la voluntad de las partes.

Sin embargo, el párrafo segundo me suscita serias dudas sobre su oportunidad, quizás por extender en demasía la protección de la apariencia. De acuerdo con su dicción, si del comportamiento de una de las partes se infiere su intención de modificar o extinguir un contrato escrito con una cláusula en el sentido indicado, y confiada en dicha apariencia derivada de actos o comportamientos claros y explícitos la otra parte consiente, la modificación o extinción es eficaz aun cuando no se haya realizado por escrito (contraviniendo, obviamente, la cláusula del contrato escrito que así lo imponía).

Así como, en general, la protección de la apariencia se encuentra alineada con la seguridad jurídica, *ergo* seguridad en el tráfico económico, en este caso concreto me decantaría por considerar que ha primado en el redactor/a del artículo la protección de la parte que actúa de buena fe, sancionando a la que ha creado expectativas que luego no

²⁵ “La cláusula de un contrato escrito que requiera que cualquier modificación o extinción del mismo, por acuerdo mutuo de las partes, se realice por escrito, únicamente establece la presunción de que la modificación o extinción no es vinculante mientras no se haga por escrito.”

está dispuesta a cumplir. Es posible, y así lo apunto, que esta protección, a mi juicio excesiva, pudiera generar una inseguridad jurídica no deseable²⁶. La forma escrita es garantía de seguridad en las transacciones, por lo que soslayarla cuando ha sido acordada en un documento suscrito por ambas partes sin que exista un consenso al respecto, solo porque una parte creó una apariencia en la que la otra confió, no creo que esté justificado. Si bien es cierto que el legislador se encuentra legitimado para ello, en mi opinión esta regla puede generar más controversias que beneficios a los contratantes; y, por otro lado, considero que no concurre un argumento de peso que no sea sancionar, de alguna forma, al que de mala fe crea expectativas que, en verdad, y aplicando lo pactado no podría atender, ya que requeriría, al menos, el concurso de la voluntad de la otra parte, formalizado por escrito.

Como es natural, la protección del tercero que confía no se queda solo en la regla del art. 1225.1 y su consecuencia en orden a la formalidad de la declaración de voluntad, sino que trasciende a otros apartados de la PM23, ya con un tratamiento particularizado a aspectos concretos de la teoría general del contrato que este texto contiene. Lo cual dota de coherencia a la propuesta al proyectarse los principios que la sustentan de forma unificada y sistemática. Dicha proyección tiene lugar en la irrevocabilidad de la oferta, en la existencia y extensión del poder y en la imputabilidad del error.

En relación al primero de los temas mencionados, el art. 1246.3²⁷, relativo a los supuestos en los que se establece la irrevocabilidad de la oferta, contempla aquel en el que dicha cualidad se deriva de las declaraciones o comportamientos del oferente que han causado una expectativa en el destinatario. Se excepciona, pues, el principio de revocabilidad de la oferta previa a su aceptación, para proteger al destinatario de buena fe que confía en la apariencia de una situación creada por el oferente.

En el ámbito de la representación la confianza encuentra un espacio para su implementación, dada las particulares de estas relaciones triangulares bajo las que es fácil se produzcan situaciones en las que la apariencia y la confianza juegan un papel importante para proteger al tercero de buena fe: además de dotar de seguridad al tráfico económico, en el que es muy habitual el mecanismo de la representación que permite actuar a unos sujetos en nombre o por cuenta de otros. Dos son los casos concretos en los

²⁶ Salvador Cordech (2011:11) pone la clave del concepto del contrato moderno en la seguridad jurídica que aporta a las transacciones económicas: "... como un instrumento básico de cooperación, como una herramienta para la creación y conservación de la seguridad jurídica".

²⁷ "Cuando el destinatario de la oferta hubiera podido confiar, por las declaraciones o el comportamiento del oferente, en su carácter irrevocable y hubiera actuado conforme a esa confianza."

que la PM23 se ocupa de conectar consecuencias jurídicas a favor del tercero de buena fe que confía en una situación que no se adecúa a la realidad, pero que no ha sido ni provocada, ni querida ni buscada por él. En primer lugar, el art. 1276.3 PM23²⁸ en orden a la eficacia del poder derivada de las manifestaciones o comportamientos del representado que han ocasionado en el tercero la confianza de que el representante actúa en nombre y por cuenta del representado, de manera que los actos que realiza le vinculan directamente. Ello implica que, aun no existiendo realmente el poder, la confianza del tercero que negocia con el representado convierte al representante en obligado directamente con el tercero, no pudiendo este esgrimir como argumento para evitarlo la inexistencia de poder.

En segundo lugar, el art. 1282 PM23²⁹ se refiere al supuesto de duda razonable del tercero sobre la suficiencia o existencia de poder (es decir, cesa la confianza que existía previamente), lo que le faculta para interpelar al representado para confirmar la suficiencia o ratificar el acto realizado bajo su cobertura (o presunta cobertura). Ahora bien, si como consecuencia de las actuaciones realizadas en la confianza o existencia del poder, se producen daños al tercero, la PM23 le otorga legitimidad para dirigirse contra el representado exigiéndole responsabilidad patrimonial por dichos daños.

La diferencia entre ambos supuestos es sutil. En el primero el tercero no duda de la existencia de poder; en el segundo, la confianza se quiebra y aparecen dudas sobre su existencia o suficiencia. Las respuestas de la PM23 son diferentes y se sustentan en la protección de la apariencia que se mantiene en el art.1276.3 (lo que justifica dar validez jurídica a una situación aparente no real), y en dotar de responsabilidad al que creó la apariencia mientras esta se mantuvo o hasta que el tercero confió, sin dudar de la realidad de lo que percibía en el art. 1282 PM23.

Finalmente, en el ámbito del error esencial el art. 1293.1 PM23³⁰ posibilita el ejercicio de la acción de anulabilidad si el error fuera imputable a la parte demandada. Se

²⁸ “Quien, con sus manifestaciones o su conducta, ha suscitado en otra persona la razonable confianza de que alguien es su representante no puede invocar posteriormente, frente a la primera, la inexistencia del poder”.

²⁹ “1. Si las manifestaciones o la conducta del representado hubieran permitido al tercero creer que el representante tenía poder suficiente para el acto realizado, pero después se le suscitara duda razonable acerca de la existencia o extensión de dicho poder, el tercero podrá pedir al representado que le confirme la existencia del poder o que ratifique el acto celebrado. El silencio del representado tras el requerimiento equivale a la confirmación de la existencia y suficiencia del poder o a la ratificación del acto celebrado. 2. Si no resulta confirmada la existencia y suficiencia del poder o ratificado el acto celebrado, el tercero podrá exigir al representado la responsabilidad por la confianza suscitada.”

³⁰ “1. La parte contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si el error es imputable a la otra parte o si ambas han incurrido en el mismo

considera imputable la parte que ha facilitado la información incorrecta que ha ocasionado el error, aunque carezca de intencionalidad alguna (no es culpable) de engañar, por desconocer la falta de adecuación a la realidad; no obstante, la imputabilidad se establece por la confianza que ha provocado en la otra parte. No se responde, pues, por culpa, sino que, en el conflicto de intereses entre el no culpable y el confiado, el legislador decide proteger a este último apartándose de la regla de responsabilidad subjetiva por culpa que rige la responsabilidad contractual.

Continuando con el art. 1225 PM23³¹, el párrafo segundo menciona un supuesto que no es, en sí mismo, novedoso (a diferencia del contenido en el primer párrafo); pues, a pesar de que no se encuentre recogido en el CC (sí en la propuesta de CC de la APDC)³² es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia³³. Es así, comúnmente admitido, que las declaraciones publicitarias o públicas emitidas por un profesional integran el contenido de la oferta por lo que se convierten en obligatorias (parte del contrato), cuando es aceptada por el destinatario.

IV. OBJETO DEL CONTRATO *VERSUS* ACUERDO SUFICIENTE

Empero la PM09 “no se atrevió” a ello (ni tampoco la propuesta del CC de la APDC) y mantuvo el objeto como requisito esencial del contrato, en los textos europeos, con clara influencia del *common law* en este punto, ya se había prescindido de este, dejando caer todo el peso de la eficacia en la voluntad de las partes, siempre que lo pactado no infringiera los límites marcados por las leyes y que el acuerdo fuera tildado como “suficiente”.

El análisis anterior, si bien adaptado a la realidad, es muy simplista; pues no se trata de la mera supresión del objeto, como si fuera posible prescindir de él de un

error. El error es imputable a la otra parte contratante cuando: 1.º Ha sido provocado por la información incorrecta transmitida, susceptible de provocar confianza, aunque la otra parte que la transmite no tenga intención de engañar.”

³¹ “Lo previsto en el apartado anterior se aplicará a las declaraciones efectuadas por un profesional a través de la publicidad u otras manifestaciones públicas.”

³² Artículo 525-3. Declaraciones de las que derivan obligaciones contractuales. “1. Quedan incorporadas al contrato y tienen valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que la otra parte haya conocido o deba haber conocido que tal declaración o afirmación no era cierta.”

³³ Mesa Marrero (2025:321-322) sobre la integración en la oferta publicitaria de las declaraciones publicitarias, con referencias doctrinales, jurisprudenciales y también en conexión con normas de protección a los consumidores que así lo establecen. Estas consideraciones la llevan a calificar como no novedosa la regla contenida en el párrafo segundo de este artículo de la PM23.

“plumazo” sino de si la regulación propuesta omite realmente cuestiones que, tradicionalmente, se incluían en el concepto “objeto”; o, solo, las regula en otro lugar.

En las propuestas de Derecho uniforme europeas (PECL y DCFR) de las que toma la estructura y contenido del art. 1218.2 PM23, el “acuerdo suficiente”, elemento objetivo necesario para la existencia del contrato, es interpretado como “contenido suficiente”, es decir, el necesario para que el contrato pueda ser ejecutado o posibilite una reclamación judicial³⁴. En los arts. 2:104 PECL³⁵ y II.-4:103 DCFR³⁶ podemos encontrar las “pistas” que nos conduzcan a aquilatar el alcance de estos términos, en la medida en que la calificación de “suficiente” del contenido se convierte, junto a la intención de vincularse, en las dos piedras angulares sobre las que se edifica el contrato. Dicha suficiencia no implica que esté “completo”, pues el propio art. 1218.2 PM23 añade al requisito de “acuerdo suficiente”, “sin perjuicio de que hayan dejado algún aspecto pendiente de ulteriores negociaciones”.

Obviamente, un contenido fuera de la legalidad vigente no puede ser calificado como suficiente, por lo que convertiría en ineficaz un contrato que así lo contemplara. Y a ello se refiere el art. 1219,2 PM23 al establecer como límite a la libertad de contratar la contravención de las normas imperativas.

Por otro lado, desde la identificación de “contenido suficiente” con aquel que faculte a entablar una reclamación judicial, se soslaya el requisito de “posibilidad” presente en relación al objeto en nuestro actual CC, pues, como expresamente establece el art. 1290 PM23³⁷, la imposibilidad inicial de la prestación no afecta a la validez del contrato³⁸. Tal y como expone Antonio Manuel MORALES MORENO³⁹, el contenido

³⁴ Sánchez Leira (2014:7)

³⁵ “1) Un acuerdo se considera suficiente: a) Si las partes han definido sus elementos de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse; b) O si su contenido puede determinarse conforme a los presentes principios”

³⁶ “1) Un acuerdo es suficiente: a) Si las condiciones contractuales definidas por las partes contienen elementos suficientemente precisos para que el contrato sea válido; o b) Si los términos de un contrato, o los derechos y obligaciones de las partes bajo ese contrato, pueden de otra manera ser determinados de maneas suficientes para que el contrato produzca efectos”.

³⁷ “Imposibilidad inicial. Falta de facultad de disposición. No afectará a la validez del contrato el mero hecho de que, en el momento de su celebración, no sea posible el cumplimiento de la prestación de alguna de las partes, o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes a los que el contrato se refiere.”

³⁸ Este precepto se inspira en el art. II.-7:102 DCFR (“Un contrato no es inválido, en todo o en parte, simplemente porque en el momento que se concluye resulta imposible el cumplimiento de la obligación asumida, o porque una de las partes no tiene la facultad o el poder de disposición sobre los bienes objeto del contrato”) y del art. 4:102 PECL (“un contrato no es nulo por el mero hecho de que, en el momento de su conclusión, el cumplimiento de la obligación no fuera posible o porque una de las partes no tuviera poder de disposición sobre los bienes objeto del contrato”).

³⁹ Morales Moreno (2024: 104-105)

imposible genera una indemnización si fuera imputable a uno de los contratantes y no la nulidad del contrato. Este planteamiento, que ya estaba presente en la PM09⁴⁰ en sede de compraventa, suaviza el requisito de la posibilidad del objeto del art. 1273 CC, que queda completamente diluido (por no decir eliminado).

La explicación de este cambio se residencia en los conceptos objeto real *versus* objeto ideal y su evolución. En este sentido, la teoría general del contrato de nuestro CC se sustenta en la consideración de que en las obligaciones específicas el objeto del contrato se identifica con el objeto real, y solo en las genéricas, se admite el objeto ideal, que se convierte en real, tras la especificación cuando tiene lugar el pago. Por ello el objeto del contrato, para que sea considerado como tal y actúe como requisito de su existencia, debe ser posible, en los términos del art. 1273 CC. Y solo es posible el que realmente lo es al momento de la perfección (real) o el que, por ser genérico, siempre existe, y puede concretarse en el momento previo a su entrega (ideal). De ahí, la nulidad del contrato que predica el CC cuando el objeto es imposible, por no real.

El citado planteamiento se ha ido flexibilizándose en el devenir de los tiempos. La exigencia de un mercado más dinámico demanda un modelo de contrato más ágil, no lastrado por la imposibilidad que, de existir, simplemente conllevaría una indemnización para el contratante perjudicado por no poder hacerse efectiva su pretensión: contraprestación a la que tiene derecho con causa en el contrato que no ha devenido ineficaz.

Así, el objeto real de la codificación ha dado paso al objeto ideal; escenario en el que carece de sentido la cualidad de “posible” que se infiere del CC.

Finalmente, la suficiencia del contenido queda atendida aun cuando este no se encuentre concretado al momento de celebración del contrato, siempre que pueda ser precisado por otros instrumentos como las normas jurídicas, los usos, la naturaleza del

⁴⁰ “La imposibilidad inicial ha sido considerada, tradicionalmente, en los Ordenamientos europeos como una causa de nulidad del contrato. A ese criterio responde la redacción del párrafo primero del anterior artículo 1460. Pero tal criterio se halla sometido a revisión. El hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa. Esta nueva manera de resolver el problema de la imposibilidad inicial ha inspirado la modificación del Código. El artículo 1460 ha sido suprimido sustituyendo su regulación actual por la del nuevo artículo 1450” (preámbulo de la PM09).

contrato, su finalidad, o bien por referencia a mecanismos externos como un tercero u otros criterios objetivos fijados o pendientes de determinar por factores ajenos⁴¹.

En la medida en que la obligación de pagar un precio constituye la obligación “estrella” de los contratos onerosos en los que se sustenta el intercambio de bienes y servicios en una economía de mercado, su determinación (o determinabilidad) se convierte en una pieza clave de la calificación de suficiencia del contenido contractual. Una elevada exigencia en su concreción ralentizaría el fluido de bienes y servicios, incidiendo en el funcionamiento de un mercado cada vez más voraz y rápido y afectando a la economía del país. Reproduciendo, prácticamente, el art. 1277 PM09, el art. 1239 PM23⁴², con clara influencia de los artículos 55 CISG⁴³, 6:104 PECL⁴⁴ y II.9:104 DCFR⁴⁵ y de otros instrumentos internacionales⁴⁶, se dedica a expresar la eficacia del contrato en el que el precio no se hubiere determinado, pero en el que, por su naturaleza, se desprende su existencia como consecuencia de la onerosidad de la transacción. Ciertamente, el rígido sistema romanista de nuestro CC plasmado en la “certeza” del objeto del art. 1261.2 y en su determinación-determinabilidad del art. 1273, en una primera lectura parece que deja poco margen a este sistema de precio abierto o indeterminado (*open price contract*)

⁴¹ Bosh Capdevilla (2014: 288).

⁴² “Determinación del precio u otra cláusula del contrato 1. No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan fijado el precio ni el modo para su determinación, ni este resulte de la ley o de los usos aplicables, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tener por concluido el contrato y que pueda entenderse implícitamente convenido el precio generalmente practicado. 2. Cuando la facultad de determinar el precio o una cláusula del contrato haya sido atribuida a una de las partes, la determinación que esta haga integrará el contrato, siempre que se atenga a los criterios acordados. En caso de que no se hubiese hecho la determinación o esta no se hubiera realizado conforme a dichos criterios, el contrato se integrará con el precio o cláusula que corresponda razonablemente a la voluntad implícita de las partes. 3. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero, y este no quisiere o no pudiere hacerlo, la autoridad judicial podrá designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial del tercero no haya sido determinante de la celebración del contrato. Si en la decisión del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que decida la autoridad judicial. 4. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de su utilización hubiere dejado de existir o no fuere accesible a las partes, quedará sustituido por el factor equivalente o, a falta de este, por el que resulte más similar, con las adaptaciones necesarias.”

⁴³ “Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado, pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate.”

⁴⁴ “cuando el contrato no haya fijado el precio o el medio para determinarlo, se entiende que las partes han acordado un precio razonable”.

⁴⁵ “Cuando el importe a pagar como precio del contrato no venga fijado por las cláusulas acordadas entre las partes, por alguna norma legal o por los usos o prácticas, el precio a pagar será el aplicable normalmente, en circunstancias parecidas, en el momento de celebración del contrato y, si ninguno de dichos precios resulta disponible, un precio razonable”.

⁴⁶ Blandino Garrido (2012: 601).

consolidado en los textos de Derecho uniforme. No obstante, la práctica jurisprudencial, aun cuando el CC no contiene criterios sustitutivos de la voluntad de las partes ni ningún término amplio como la “razonabilidad” de los PECL o el DCFR o el “precio generalmente acordado” del art. 1239 PM23 que permita integrar el precio de manera que quede a salvo la exigencia del art. 1273 CC, ha acomodado, en el ámbito del contrato de obras y servicios, la fijación del precio⁴⁷ adoptándose un sistema de precio abierto similar al previsto en la PM23⁴⁸.

El hecho, pues, de desplazar los requisitos del “objeto” al “contenido suficiente”, otorga una mayor ductilidad a dichos requisitos al contextualizarse en un espacio mayor. Ello permite dotarlos de una nueva lectura desde el prisma de la eficiencia del acuerdo, lectura acomodada a la práctica jurisprudencial y a los planteamientos del Derecho uniforme más alineados con las exigencias del mercado. Asimismo, los dos preceptos relativos a eliminar la imposibilidad inicial como causa de nulidad (1290 PM23) y a concretar la determinación del precio (1239 PM23), cierran el círculo abordando, de forma específica, las dos cuestiones que pudieran quedar pendientes y que, por consiguiente, requieren un tratamiento particular.

Quizás no se trata de contraponer objeto del contrato con acuerdo suficiente, ni tampoco de afirmar que el contrato de la PM23 es un contrato sin objeto; solo de reordenar un planteamiento obsoleto del objeto del contrato, que no es acorde con la realidad económica de nuestro siglo, incorporando la praxis jurisprudencial y las propuestas del Derecho uniforme.

V. UN CONTRATO SIN CAUSA: LA FINALIDAD DEL CONTRATO

“Concepto oscuro y siempre sujeto a discusiones”⁴⁹ es la calificación que Antonio PAU, Presidente de la Comisión General de Codificación, otorga a la causa en el Prólogo a la Propuesta de Modernización del CC que comentamos en este trabajo⁵⁰. Apartándose de la PM09 y del CC, la PM23 se alinea con las propuestas de Derecho contractual europeo y opta por suprimir la causa como elemento esencial del contrato. Sigue la senda del legislador francés, quien en la reciente reforma del CC también prescinde de este

⁴⁷ Blandino Garrido (2012: 605-606).

⁴⁸ Rodríguez Rosado (2025:127), nota a pie 40 se hace eco de la jurisprudencia que ha venido aplicando este criterio, por lo que este autor considera que, en verdad, no es necesario pues “la jurisprudencia ha llegado a idénticas conclusiones con la solución actual”.

⁴⁹ Delgado Saez (2024:87) en relación a la causa afirma que: “ha dejado de ser un requisito necesario de validez del contrato”.

⁵⁰ Pau (2023:17).

elemento, lo que no deja de ser llamativo pues el llamado Código de Napoleón ha sido el responsable de que la causa haya figurado (y figure) en los códigos europeos elaborados bajo su influencia.

El debate sobre “causa sí-causa no” ha provocado ríos de tinta en la doctrina, lo que acredita no ser un elemento pacíficamente aceptado, poniendo en duda su utilidad. Que es un tema espinoso y dificultoso es más que evidente; y que ha generado problemas interpretativos también lo es.

Siempre me he manifestado contraria a su existencia y, de hecho, aunque se encuentra en el CC, la he ignorado dolosamente, eliminándola de mis explicaciones de clase, “pasando de puntillas” sobre ella y asegurándole a mis estudiantes que nunca la preguntaré. Hace muchos años, cuando me inicié en esta profesión, intenté aprehender el concepto, sumisa, como era, al dictado del CC, temerosa de poner en duda lo que el codificador había considerado. Pedí ayuda a un catedrático de Derecho civil ante mi desconcierto frente a una figura “que no acababa de ver”, y me dijo que podía prescindir de ella, pues los conflictos que se resolvían acudiendo a la causa podían también solventarse por medio de otras fórmulas o instituciones contenidas en el CC⁵¹. Algo semejante es lo que se expresa la Exposición de Motivos de la PM23, que afirma que el hecho de que la causa se haya eliminado “no significa que dejen de tenerse en cuenta las diversas funciones que la causa ha cumplido y deba seguir cumpliendo”, y que la autonomía solo debe estar sometida a los límites que marca “la fuerza normativa de la ley imperativa y de los principios, no por un posible contenido normativo indeterminado del concepto de causa”.

Dicho lo anterior, para poder preterir la causa es necesario adoptar un régimen jurídico que haya funcionado adecuadamente sin ese elemento (pues como se suele decir “los experimentos con gaseosa”), lo que invita a mirar el modelo del *common law*, que es el que ha servido, también, para elaborar los PCEL⁵² y el DCFR⁵³ tan presentes en la PM23. En este sentido, y tal y como hemos venido apuntando, se ha optado por el binomio acuerdo suficiente/intención de contratar, de maneja que la calificación de “suficiente” absorbe las funciones que la causa y los requisitos del objeto aportan al actual sistema del

⁵¹ Bosch Capdevila (2012:275): “La función jurídica que cumple la causa en los sistemas jurídicos en que se admite se ha considerado que puede lograrse mediante otros elementos del contrato o por medio de otras instituciones”.

⁵² Art. 2:101

⁵³ Art. II.-4:101

CC, al mismo tiempo que incorporan la flexibilidad necesaria que demandan los contratos en este siglo.

En este escenario, no obstante, la PM23 no prescinde de la finalidad del contrato, a la que se alude en el art. 1221 PM23⁵⁴; dicha finalidad se identifica con la causa subjetiva, es decir, la intencionalidad que guía a las partes para celebrar un determinado contrato. De observarse una finalidad ilícita (en clara referencia a la “causa ilícita” del art. 1275CC) la consecuencia es la nulidad, al incluirse, expresamente, en la relación de los motivos del art. 1289.1 PM23⁵⁵. Para que proceda, no obstante, es preciso que la finalidad ilícita sea compartida por ambos contratantes o, al menos, concorra el conocimiento del otro contratante que, sin ignorarla, no la comparte.

La supresión de la causa en la PM23 ha sido valorada de diversa forma por los escasos, por ahora, comentaristas de la propuesta. Por un lado, el profesor RODRÍGUEZ ROSADO⁵⁶, tras analizar de forma meticulosa los tres conceptos del término “causa”, o manifestaciones de esta (causa, como contraprestación que justifica el nacimiento de la obligación en el contrato presente en los arts. 1261 y 1274 CC; causa, como la obligación previa que justifica el carácter vinculante de los documentos de reconocimiento de deuda presente en los arts. 1276 y 1277 CC; causa como motivación particular o común de los contrayentes de los arts. 1275 y 1301 CC), concluye que la eliminación de las dos primeras funciones genera un vacío en el Derecho de contratos con consecuencias no deseables.

Siguiendo con su razonamiento, la supresión de la causa, entendida como contraprestación, afectaría a la estructura de nuestro derecho de la contratación y dejaría sin justificación, por ejemplo, la categoría de los contratos reales inexistente en las propuestas de Derecho contractual unificado, o la exclusión de eficacia obligacional de la donación. En definitiva, la menor eficacia obligatoria, o solidez, de la causa gratuita quedaría carente de fundamento, perdiéndose el sentido, por tanto, de los instrumentos con los que el legislador se vale para reforzar la vinculación de los negocios gratuitos en los que esta concurre. Igualmente, la supresión de la causa remuneratoria del art. 1274

⁵⁴“Finalidad del contrato. 1. Los contratantes son libres de utilizar el contrato para alcanzar la finalidad que deseen, con el límite de las normas imperativas y de los principios básicos del ordenamiento jurídico. 2. Se presume la licitud de la finalidad pretendida por las partes en el contrato.”

⁵⁵“Nulidad de los contratos. 1. La nulidad de pleno derecho de un contrato, sea por ilicitud de la finalidad perseguida por las partes o por una de ellas con conocimiento de la otra, por contravención de una norma imperativa o prohibitiva, o por no reunir los requisitos necesarios para su perfección, se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible.”

⁵⁶ Rodríguez Rosado (2025: 130-134)

CC que dota de sustento a las promesas unilaterales realizadas para premiar un servicio o prestación no obligatorio condenaría a la orfandad a estos negocios jurídicos, debiendo referirse a ellas el legislador de forma expresa para dotarlas de eficacia.

La eliminación de la segunda de las acepciones de la causa, en palabras del autor “produce un vacío legal, en el que no es fácil prever si sería admisible un documento reconocitivo o novatorio plenamente abstracto respecto a la deuda previa que dice renovar o novar”⁵⁷.

Desde otra perspectiva el profesor MORALES MORENO, uno de los redactores de la propuesta, describe y analiza con precisión la supresión de la causa en la PM23 para concluir, a diferencia del profesor RODRÍGUEZ ROSADO, que la PM23 cubre de una manera más ágil y eficaz los conflictos que las distintas funciones de la causa ha cubierto⁵⁸. En este sentido, después de diferenciar entre causa del contrato y causa de la atribución patrimonial, y centrándose en la primera, considera que la función de la causa como límite a la autonomía de la voluntad solo puede realizarse, en un estado de Derecho, por el legislador que, por imperativo constitucional, deberá respetar la libertad negocial consagrada en el art. 10 de la Carta Magna; por lo que su supresión no solo no afecta al Derecho de la contratación, sino que es recomendable. La función de la causa como fundamentación externa del contrato o causa extrínseca, tras analizar con detalle los contratos en los que esta converge (novación de una relación obligatoria inexistente, reconocimiento de deuda, el apoderamiento en la representación directa, los contratos conexos, las garantías) concluye que, dada su variada naturaleza y modalidad, exigen una regulación determinada que no puede colmarse por el principios general de exigencia de causa y que la supresión de la causa “no determina una ruptura de la conexión natural existente en cada uno de los supuestos considerados entre el contrato celebrado y la situación jurídica externa a la que el mismo se encuentra conectado por su función”⁵⁹. Otras funciones de la causa como interpretadora del contrato o determinante de su contenido pueden fácilmente asumirse por otros instrumentos sin que su supresión suponga ninguna quiebra del sistema.

La reflexión sobre ambas posturas me ha conducido a calificar el paso dado por la PM23 en este punto como digno de alabanza por aporta flexibilidad al actual régimen jurídico de eficacia contractual del CC encorsetado en un requisito (la causa) que genera

⁵⁷ Rodríguez Rosado (2025:134)

⁵⁸ Morales Moreno (2024: 106-134)

⁵⁹ Morales Moreno (2025:127).

trabas y complicaciones innecesarias. Ciertamente, la supresión de un elemento de tradición jurídica obligará a los estudiosos a buscar soluciones a los conflictos que, hasta ese momento, se han venido desarrollando y que la causa, en cualquiera de sus acepciones (más mal que bien), ha solventado. Respetando la postura del profesor RODRÍGUEZ ROSADO, más conservador, alabo la imaginación del profesor MORALES MORENO para buscar soluciones y ofrecer herramientas interpretativas de la PM23 de manera que la eliminación de la causa (excepto en su versión subjetiva) no genere distorsión alguna. Finalmente, no debemos soslayar que este planteamiento acomodaría nuestro CC a las propuestas de *soft law* facilitando la labor interpretativa de nuestros tribunales.

VI. NADA SIN EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento, siempre la piedra angular del contrato, cobra un protagonismo, aún mayor, en el “nuevo contrato” de la PM23, que se edifica con los elementos tomados del Derecho uniforme, tal y como hemos analizado en epígrafes precedentes.

De los tres requisitos clásicos del art. 1261 CC, pervive el consentimiento, que absorbe la causa, a la vez que la diluye, y el objeto, que, además, se convierte en “contenido”. El resultado es un consentimiento “engordado” y reconstruido que se nos presenta bajo la fórmula “intención de contratar” y “acuerdo suficiente”.

Obviamente, no se queda la operación en una mera reformulación de los requisitos en el art. 1218.2 PM23 sino que, como es natural, esta nueva consensualidad desprende sus destellos por todo el articulado propuesto de forma coherente y sistemática.

Como era previsible, la PM23 deja inalterable el régimen del CC en relación a la capacidad para contratar de la persona con discapacidad, reproduciendo el art. 1298 PM23 el ar. 1302 del CC.

Sin embargo, ya alguno de los primeros comentaristas de la PM23 observa deficiencias en el texto que no aborda con la claridad deseada los supuestos de inexistencia de consentimiento (personas que de modo permanente y absoluto tienen sus facultades intelectivas y volitivas afectadas y carece de apoyos, el que actúa a nombre de otro sin facultades para ello o los casos de falta completa de inteligibilidad del contrato) de los que la doctrina y jurisprudencia oscila, con la normativa actual, en predicar su nulidad o anulabilidad, según los casos⁶⁰.

⁶⁰ RODRIGUEZ ROSADO (2025: 122-123)

En mi opinión la deficiencia apuntada no es tal y puede ser subsanada, sin mucha dificultad. El art. 1289.1 PM23 establece como causa de nulidad del contrato “no reunir los requisitos necesarios para su perfección”, lo que permite, si de las circunstancias apuntadas se colige una falta pena y absoluta de consentimiento, predicar la nulidad. Si, en cambio, hubiera algún atisbo de consentimiento de manera que no pudiéramos estimar su plena y absoluta inexistencia, en virtud del principio de conservación del contrato, nos decantaríamos por la anulabilidad del mismo por existir un vicio del consentimiento.

Que las normas dejen espacios al intérprete y aplicador de las mismas me parece positivo; pues no siempre es preciso clarificar y acotar en exceso. En estos casos imprecisos, en los que entran en juego aspectos personales del sujeto, dejar un margen a los operadores jurídicos es garantía de resoluciones justa y respetuosas con la dignidad de los sujetos concernidos en el conflicto.

A. Los actos concluyentes: el que calla “no otorga”

De forma simple y clara el art. 1224.1 PM23, al igual que el art. 1239 PM09, se refiere a la declaración expresa y tácita e incorpora el concepto “actos concluyentes” del Código europeo de contratos elaborado por el grupo de Pavía⁶¹, que no figura en ninguno de los textos unificadores del Derecho contractual europeo en los que se inspira la PM23, en vez de hacer uso del adjetivo “tácita”. A pesar de que existe una similitud evidente entre ambas denominaciones, considero que “actos concluyentes” es más adecuada y precisa, lo que facilita la interpretación por los jueces de actuaciones de las que pudiera inferirse el consentimiento contractual⁶². De acuerdo, pues, con el mencionado precepto un contrato puede tener lugar si de los actos concluyentes de ambas partes se infiere su intención de vincularse y el contenido del acuerdo es suficiente en los términos ya comentados. La voluntad de las partes es lo realmente importante y, si el contenido es adecuado, esta prevalece por encima de cualquier formalidad.

Por otro lado, es tradicional en Derecho uniforme incluir un precepto similar al art. 1224. 2 PM23⁶³ en el marco de la regulación de la aceptación de la oferta⁶⁴. Los

⁶¹ “2. Salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo se forma también a través de actos concluyentes activos u omisivos siempre que sean conformes a una voluntad precedentemente expresada, o a los usos o a la buena fe.”

⁶² González Porras (2009:249) lleva a cabo algunas observaciones a los “actos concluyentes” como causa eficiente del contrato, aclarando la necesidad de precisión y de que estos sean calificados como “inequívocos”.

⁶³ “El silencio o la inacción por sí solos no significan consentimiento, salvo que resulte otra cosa de la ley, de los usos, de las prácticas entre las partes o de otras circunstancias”.

⁶⁴ Arts. 18.1 CISG, 2.1.6 Principios UNIDROIT, 2:204, 2 PECL, II.-4:204,2 DCFR.

redactores de la PM23 han decidido dotar de un mayor recorrido al tratamiento del silencio expresándose sobre su valor en el ámbito de la regulación de la “declaración de voluntad”, pieza clave para discernir sobre la concurrencia del consentimiento. Esta fórmula es, a mi juicio, más afortunada, pues no siempre es posible apreciar los momentos oferta-aceptación en el proceso de formación del contrato al existir contratos que, o bien se perfeccionan de forma puntual tras o sin proceso de negociación, y otros en los que, por entremezclarse, no es fácil distinguir dichas fases.

Por ello es más útil referirse a la declaración de voluntad, de forma general, sin entrar en el detalle de la aceptación, siempre más farragoso en determinados contratos. Asimismo, esta apreciación del silencio coadyuva a interpretar la existencia de “actos concluyentes” en la medida en que establece que, en sí mismo, y como regla general, el silencio de una o de ambas partes no puede ser equiparado a un acto concluyente del que se infiera el consentimiento contractual.

B. Muy “poca” forma

Alineada con la regulación de nuestro CC, la PM23 en el art. 1227⁶⁵ sin apartarse de la PM09 y de acuerdo con el principio de consensualidad del art. 1222⁶⁶, otorga un tratamiento a la exigencia de forma muy similar al que se describe en los arts. 1279 y 1280 CC. Si bien reordena y redacta más correctamente las reglas, establece, como regla general, la necesidad de que sea una ley la que impone la obligatoriedad del documento público como requisito de validez de un contrato. Fuera de este supuesto, en el párrafo segundo se contempla la facultad de los contratantes de compelerse al otorgamiento de forma escrita en cuatro casos: si cualquiera de las prestaciones supera 10.000 euros, cuando la ley lo exija, si el contrato tiene por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles y cuando las partes así lo hayan acordado.

⁶⁵ “Forma. 1. Los contratos habrán de constar para su validez en documento público cuando la ley lo exija expresamente. 2. En los demás casos, podrán los contratantes compelerse recíprocamente a cubrir la forma de documento público u otra especial en los casos siguientes: 1.º Cuando la ley exija tal forma para que el contrato celebrado alcance determinados efectos y, en particular, cuando se trate de contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. 2.º Cuando así se estipule en el contrato. 3. Las partes podrán también compelerse recíprocamente a que conste por escrito el contrato celebrado cuando la cuantía de cualquiera de las prestaciones exceda de diez mil euros. Serán de cargo de quien la exige los gastos de forma, salvo que el contrato o la ley establezcan otra cosa.”

⁶⁶ “Perfección del contrato por el consentimiento Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija que consten por escrito u otro requisito adicional.”

Sí es novedoso el tratamiento específico que la PM23 otorga a la forma en los contratos celebrados por vía electrónica en el art. 1228⁶⁷, en el sentido de aclarar el contenido del art. 1227 en este contexto cada vez más habitual en el tráfico económico.

El tema de la flexibilidad del requisito de la forma se encuentra conectado con la vinculación por la confianza a la que nos hemos referido en un epígrafe anterior dedicado a ello. Así, el régimen del art. 1229.2 PM que antepone la confianza frente a la cláusula de modificación por escrito, cuya conveniencia y oportunidad me genera muchas dudas. Me remito al epígrafe III de este trabajo.

VII. UN CONTRATO QUE “NO DISCRIMINA”

Con una frase sencilla enmarcada en el art. 1219 PM23, y apartándose de la PM09 que no lo contemplaba, se introduce el principio de no discriminación como límite a la libertad de contratar y de “elegir a la otra u otras partes”⁶⁸, sin que, a diferencia de los textos de Derecho contractual europeo en los que la PM23 se inspira⁶⁹, se añada ninguna particularidad a las consecuencias en orden a la vulneración del referido principio.

En verdad, no son necesarias dichas precisiones⁷⁰, pues nuestro ordenamiento jurídico cuenta con la Ley 15/2022 de 12 de julio, que constituye el marco general del que se debe partir para cualquier análisis de la incidencia del principio de no discriminación en nuestro Derecho y, en particular, en el ámbito de las relaciones contractuales entre sujetos privados. En este sentido, dicha ley en su art. 26 prescribe la

⁶⁷ “Contratos celebrados por vía electrónica 1. En los contratos celebrados por vía electrónica, los requisitos formales del proceso de formación del contrato, exigidos por la ley de modo general, se considerarán cumplidos si se conserva la equivalencia funcional con el correspondiente requisito. 2. A los efectos del apartado anterior, se considerará que: 1.º El requisito de que consten por escrito queda cumplido con un conjunto de signos alfabéticos o cualquier otro signo inteligible fijado a un soporte que permite el acceso al mismo por un periodo de tiempo adecuado a los fines para los que se destina la información, así como para preservar su integridad, independientemente del soporte y del medio de transmisión. 2.º La exigencia, expresa o implícita, de firma se cumple en las condiciones establecidas por la legislación especial para la identificación mediante firma electrónica. 3.º El requisito de una indicación manuscrita de la persona que se obliga puede satisfacerse por cualquier método que garantice que emana de esa persona. 3. No obstante, si se constata la existencia de obstáculos prácticos para el cumplimiento de una exigencia legal de forma, en el proceso de formación de un contrato por vía electrónica, las autoridades competentes podrán no aplicar los apartados 1 y 2 de este artículo a los contratos siguientes: 1.º Los contratos que crean o transfieren derechos sobre bienes inmuebles, a excepción del contrato de arrendamiento. 2.º Los contratos para los que la ley exige la intervención de tribunales, autoridades públicas o de profesionales que ejercen autoridad pública. 3.º Los contratos de fianza y las garantías prestadas por personas que actúan con fines ajenos a su actividad profesional o comercial.”

⁶⁸ “Cada persona es libre de contratar y de elegir a la otra u otras partes contratantes con los límites impuestos por el principio de no discriminación”

⁶⁹ Arts. II.-2:101:1 y ss. DCFR.

⁷⁰ No comparto mi opinión, Martínez Velencoso (2025:162), que estima que la PM23 debe concretar el término “discriminación”, así como las consecuencias de un contrato que vulnere este principio.

nulidad de las cláusulas de los negocios jurídicos que atenten al principio de no discriminación⁷¹⁷², que debe ser interpretada en un sentido amplio y en el escenario de incumplimiento diseñado por la PM23. El principio de conservación del contrato presente en la PM23 y la protección del interés de la víctima demandan que, siempre que la cláusula discriminatoria no contenga un elemento esencial del contrato, se opte por la nulidad parcial del mismo. También tendría cabida, si los elementos concomitantes así lo posibilitaran, la llamada nulidad parcial coactiva con sustitución del contenido de la cláusula infractora por aquel fijado en la norma.

De acuerdo con lo establecido en el art. 27, sea cual sea la modalidad de ineficacia que se ejercite, siempre estará abierta la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, que no exime de la obligación reparatoria (*in natura*), si fuera posible, del daño derivado de la vulneración. Además, como particularidad, se establece la presunción *iuris et de iure* de existencia de daño moral si se acredita la infracción, además de apuntar los parámetros a tener en cuenta para su valoración⁷³. También expresa la ley una presunción *iuris tantum* de existencia de discriminación y que, como tal, genera una inversión de la carga de la prueba, que se desprende de los indicios que debe aportar la persona que reclama y la alega.

Volviendo a la PM23 es de reseñar que en el art. 1219,1 la proyección del principio de no discriminación se ubica en la fase de la oferta o, si se quiere, de los tratos preliminares, momento en el que las partes se “eligen”; pues ya una vez perfeccionado el contrato no cabe dicha posibilidad. Ciertamente, la oferta es el escenario natural en el que se implementa este principio, sobre todo la oferta pública dirigida a una pluralidad de destinatarios; la acreditación de este extremo no entraña dificultad alguna: basta que se excluya de la misma a un determinado colectivo sin que concurra causa que lo justifique.

⁷¹ “Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley”

⁷² De forma semejante, pero con un entorno reducido a los contratos y negocios jurídicos, el artículo 64 de la Ley 14/2023 de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

⁷³ “1. La persona física o jurídica que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

A pesar de la difícil prueba que comporta, el principio de no discriminación también se despliega en el ámbito de la oferta privada. Para su operatividad el perjudicado debe acreditar que el contenido de la oferta que le ha hecho llegar la otra parte tiene carácter discriminatorio al establecer cláusulas excluyentes o impositivas carentes de justificación; o bien se le impone al sujeto alguna condición u obligación que de *facto* implique una discriminación al sujeto. Obviamente, si concurre uno de los llamados “factores de riesgo” (catálogo muy amplio tras la Ley 15/2022 de 12 de julio que supera la relación del art. 14 de la Constitución) en uno de los sujetos preteridos se presume *iuris tantum* la discriminación debiendo probar el que así actúa una causa que lo justifique, tal y como hemos apuntado con anterioridad.

La nulidad como sanción por infracción de norma imperativa, como lo es el mencionado art. 1219,1 PM23 tendría como consecuencia que la oferta se mantendría en todos sus extremos, excepto en aquello que atentara o generara discriminación (si ello fuera posible). De manera que la aceptación del destinatario provocaría la perfección del contrato en los términos ofertados, soslayando la preterición discriminatoria que ha devenido ineficaz.

No obstante, la implementación del principio no debe ir más allá de la fase de la oferta, una vez que esta se ha materializado, ya que el art. 10 de la Constitución consagra la libertad de contratación. Es decir, si el oferente decidiera retirar la oferta discriminatoria antes de su aceptación por los destinatarios, estos no podían obligarlo a mantenerla sin el contenido discriminatorio alegando la nulidad del mismo. Pues, solo en caso de concurrencia de un interés general, podría imponerse la obligación de contratar.

Mayor dificultad presenta la posible limitación de la libertad de elección en la fase de los tratos preliminares. Tras instaurar la libertad de las partes para negociar en el art. 1241.2 PM23, el párrafo 2, recogiendo lo que ya es doctrina consolidada, establece la obligación de indemnizar por los perjuicios causados en el supuesto de ruptura de los tratos preliminares, si se aprecia mala fe en aquel que los interrumpe. Si además de lo anterior dicha ruptura se genera porque se prefiere a un contratante frente a otro por concurrir un factor de riesgo o por otra circunstancia carente de justificación, o, simplemente, se decide, por ese motivo, no seguir adelante con la negociación, a la suma indemnizatoria que define el párrafo 3 se agregaría otra cantidad por el daño moral que presume *iure et de iure* la ley 15/2022.

En relación al contenido del contrato, la prohibición de no discriminación opera por la vía del párrafo 2 del art. 1219 al estar comprendida en la referencia expresa a las

“normas imperativas o los principios básicos del ordenamiento jurídico”; pues, que duda cabe, que este es un principio consagrado en nuestra Constitución y que inspira nuestro ordenamiento jurídico (amén de la regulación expresa del mismo en la ley 15/2022 y otros textos normativos). De igual manera, y ya sin alusión alguna en la PM23, este principio se proyecta también en la fase de ejecución del contrato por aplicación de las normas que así lo establecen y de los principios constitucionales que lo imponen⁷⁴.

La inclusión del principio de no discriminación en la PM23 es acertada en la fase de la oferta lugar en el que goza de una mayor implementación, ya que un texto moderno no puede orillar la eficacia de este principio en las relaciones entre particulares, máxime cuando contamos con normativa específica que lo regula. Por ese motivo, considero suficiente la mención del art. 1219 y la omisión de cualquier especificidad al quedar cubierta esa laguna por la ley 15/2022.

VIII. SIEMPRE EL LEGISLADOR, NUNCA MÁS LA MORAL

Junto con la supresión de la causa, la desaparición de la moral del art.1221 PM23⁷⁵ (que no del orden público que se traduce ahora en los principios básicos del ordenamiento jurídico) es una de las mayores apuestas por la modernidad de la PM23 apartándose, en este punto, de su precedente, la PM09, que no fue capaz de “dar el paso”.

El concepto “moral”, como límite a la autonomía de la voluntad presente en nuestro CC, ha sido precisado y objetivizado por la doctrina a fin de evitar que planteamientos individuales pudieran imponerse a la colectividad⁷⁶. Así, el concepto indeterminado (y de difícil determinación) de moral social se impone a la voluntad de los contrayentes actuando como requisito de eficacia del pacto.

Ciertamente, hablar de “moral social”, colectivizando un concepto que, de suyo es individual, evita los peligros de limitar la libertad de contratación imponiendo percepciones ideológicas carentes de fundamentos, no deja de ser un “mal menor” para salvar un límite que, en la actualidad, no tiene sentido (y menos aún en la sociedad de este siglo en la que los planteamientos ideológicos de corte ético se encuentran cada vez más polarizados y enfrentados).

⁷⁴ Sobre un estudio más detenido del principio de igualdad y no discriminación en la contratación privada, Cervilla Garzón y Zurita Martín (2024:57-132).

⁷⁵ “Los contratantes son libres de utilizar el contrato para alcanzar la finalidad que deseen, con el límite de las normas imperativas y de los principios básicos del ordenamiento jurídico.”

⁷⁶ Oliva Blázquez (2017: 221-224)

La idea de la moralidad ha planeado en la jurisprudencia y ha estado presente en distintas corrientes jurisprudenciales, modificadas cuando la moral social también lo ha hecho. Sin embargo, que las decisiones judiciales y el cauce de la autonomía de la voluntad discurra por conceptos tan resbalosos como este, por más que se objetivice y socialice, no se adecúa al concepto de contrato que demanda la sociedad y que resulta imprescindible para que lleve a cabo la función económica a la que está llamado.

Por otro lado, los que hemos impuesto correctivos para que la “moral social” resulte menos contingente e indefinida hemos acabado en los principios básicos del ordenamiento jurídico. Pues, la tendencia ha sido recabar en los valores constitucionales para afirmar que los valores que una sociedad asume como propios son los que figuran en el texto constitucional, fruto del pacto que en su día esta supuso, interpretados por la jurisprudencia del TC en su adaptación a la realidad social. Ellos alumbran el ordenamiento jurídico y actúan como límite, por su configuración, que no por su contenido. De esta forma la moral social se disuelve en la Constitución y es absorbida por los principios que en ella se describen. Para ese viaje, en verdad, no necesitamos alforjas. Desde este prisma, hablar de moral, sea o no social, es inútil. Por lo que sea bienvenida la supresión del CC que propone la PM23.

A la moral la acompaña como límite a la autonomía de la voluntad en el CC, el orden público. Un concepto que parece no gustar a un sector de la doctrina⁷⁷ y que es sustituido en la PM23 por “principios básicos del ordenamiento jurídico”. Esta terminología se presenta más adecuada y moderna y responde al concepto actual de orden público.

Ciertamente, desde el punto de vista conceptual y no meramente terminológico, la expresión “principios básicos del ordenamiento jurídico” supera el concepto “orden público”, en la medida que engloba, también, al de moral, entendida como moral social, del artículo 1255 CC. Por lo que, técnicamente, quizás sea más adecuado referirnos a un cambio en la denominación adaptada a la realidad del sentido de los límites a la autonomía de la voluntad en el Derecho contractual moderno que a una supresión. En este sentido, la citada expresión tiene su origen, una vez más, en el *common law*. Así, en el Derecho anglosajón se estima que la ilegalidad de un contrato (y, en consecuencia, su ineficacia),

⁷⁷ Oliva Blázquez (2020:137-141)

se genera tanto por contravenir a la ley, en sentido estricto, como por vulnerar los principios básicos inspiradores del ordenamiento jurídico en su conjunto⁷⁸.

La aludida expresión fue incorporada a los textos europeos (PECL⁷⁹ y del DCFR⁸⁰) en los que esta propuesta se inspira, por ser esta una terminología flexible que se amoldaba a los límites de la libertad contractual de los códigos europeos, no coincidentes en cuanto a los vocablos utilizados⁸¹. Con ello se facilitaba la armonización, fin último de los textos europeos.

La PM23, por motivos de oportunidad, acoge este planteamiento, y reproduce en el art. 1221 la teoría del “contrato ilegal” en idéntico sentido. De esta forma, se reafirma en una premisa fundamental de nuestro sistema: en un Estado de Derecho los límites solo pueden tener su origen en el legislador, en las normas que emana o en los principios a los que estas se acomodan. Así se evitan barreras indefinidas que complican la eficacia de los pactos.

Para finalizar solo un comentario más: los límites de las normas imperativas y los principios básicos del ordenamiento jurídico se refieren a la finalidad del contrato (es decir, a la acepción de la causa que pervive en la PM23). De ahí que afirmemos que la supresión de la causa no es total ni plena, pues se mantiene, con buen acierto, la finalidad del contrato que, en ningún caso, puede contravenir ni una norma imperativa ni los principios básicos del ordenamiento jurídico. Este precepto, art. 1221, debe interpretarse conjuntamente con el art. 1219 (al que ya nos hemos referido)⁸² pues de su conjunción se extraen los límites a la autonomía de la voluntad y el diseño del espacio en el que esta puede implementarse.

Bibliografía

AGUIRRE ALLENDE, P. (2025): “Los elementos del contrato en el common law”, *Diario La Ley*, 22 marzo 2025 (pp. 1-10).

⁷⁸ Oliva Blázquez e Infante Ruiz (2022:3-5). En el citado trabajo se realiza un interesante estudio de los “contratos ilegales” en el Derecho anglosajón y en el Derecho contractual europeo, en particular en los PECL y en el DCFR. Los autores exponen la procedencia de los términos “principios básicos del ordenamiento jurídico”, y como se incorporaron a los PECL y en el DRAFT.

⁷⁹ Artículo 15:101: “Contratos contrarios a los principios fundamentales. Un contrato no tendrá efecto en la medida en que sea contrario a principios reconocidos como fundamentales en el Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea”

⁸⁰ 7:301:” Contratos que infringen principios fundamentales Un contrato se considera nulo si: (a) infringe algún principio considerado como fundamental en el ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea; y (b) su anulación es necesaria para que dicho principio sea efectivo.”

⁸¹ Oliva Blázquez e Infante Ruiz (2022:4).

⁸² *Vid.* epígrafe V de este ensayo.

- BLANDINO GARRIDO, M.A. (2012): “Capítulo 9: Contenido y efectos de los contratos”, *Derecho europeo de contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Atelier, Barcelona (pp. 573-694).
- BELLO JANEIRO, D. (2010): “Conceptos básicos”, *Obligaciones y contratos. Cuaderno I. La relación obligatoria*, obra colectiva dirigida por P. FERREL VANRELL, Dykinson, Madrid (pp. 129-142).
- BOSCH CAPDEVILLA, E. (2012): “Capítulo 4: Formación (del contrato y de otros actos jurídicos)”, *Derecho europeo de contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Atelier, Barcelona (pp. 273-338).
- CAÑIZARES LASO, A. (2020): “Ejercicio desleal del derecho y confianza legítima en que no se ejercitará. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la *verwirkung*”, *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Reus, Madrid (pp. 251-269).
- CERVILLA GARZÓN, M^a D. y ZURITA MARTÍN, I. (2024): “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones entre particulares en torno a la vivienda”, *Aspectos civiles y procesales de la Ley de vivienda*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 57-132).
- DIEZ PICAZO, L. (1982): Prólogo a la obra de F. WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid.
- DELGADO-SÁEZ, J. (2024): “Las propuestas de reforma del Código Civil español”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 61, febrero 2024 (pp. 65-93).
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2025): “Fuentes y tipología de las obligaciones en la Propuesta de modernización del Código Civil de 2023”, *El Derecho de obligaciones y contratos y su modernización: La Propuesta de 2023*, Atelier, Barcelona (pp. 17-57).
- GARCÍA RUBIO, M^a P. (2024): “Algunas cuestiones preliminares sobre la propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, núm. 2 (abril/junio 2024) (pp. 1-33).
- GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (2009): “Algunas observaciones sobre el viejo proyecto europeo de obligaciones y contratos”, *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, vol. 89, núm. 157 (pp. 243-251).
- JEREZ DELGADO, C. (2015): *Principios, definiciones y reglas en u Derecho civil europeo: El marco común de referencia (DCFR)*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. (2025): “Algunas cuestiones referidas a la regulación y eficacia del contrato Principio de no discriminación y cambio sobrevenido de las circunstancias contractuales en la Propuesta de modernización del Código Civil de 2023”, *El Derecho de obligaciones y contratos y su modernización: La Propuesta de 2023*, Atelier, Barcelona (pp. 149-175).
- Mesa Marrero, C.: “La (relativa) novedad de algunas figuras recogidas en la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos: un análisis a partir de la legislación especial de consumidores”, *Boletín del*

Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, año XXIX, núm. 287(bis), mayo 2025 (pp. 307-350).

Morales Moreno, A.M. (2024): “El contrato y sus requisitos en la propuesta de modernización del Código Civil de 2023: el objeto y la causa”, *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, núm. 4 (pp. 97-137).

OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2017): “La moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en la contratación”, *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares, Granada (pp. 219-226).

OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2020): “Reflexiones críticas sobre la utilidad de la noción “orden público” como límite de la autonomía de la voluntad”, *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Reus, Madrid (pp. 135-152).

OLIVA BLÁZQUEZ, F. e INFANTE RUIZ, F. (2022): “Contracts contrary to fundamental principles and mandatory rules of European Contract Law”, *InDret 2:2022*, (pp. 1-56).

PAU PEDRÓN, A. (2023): “Prólogo del presidente de la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación”, *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, Madrid.

RODRÍGUEZ ROSADO, B. (2025): “El contrato en la propuesta de modernización del Código civil de 2023: concepto, elementos y formación”, *El Derecho de obligaciones y contratos y su modernización: La Propuesta de 2023*, Atelier, Barcelona (pp. 115-145).

SALVADOR CODERCH, P. (2011): “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2130, abril 2011 (pp. 1-49).

SÁNCHEZ LEIRA, R. (2014): “Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo. Especial consideración a la desaparición de la causa”, *InDret 3/2014* (pp. 1-32).

SIMÓN MORENO, H. (2012): “Capítulo 1: Disposiciones generales”, *Derecho europeo de contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T. I, Atelier, Barcelona (pp. 77-95).

**MEDIDAS CIVILES DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE
VIOLENCIA DE GÉNERO EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS:
DELIMITACIÓN DE INSTRUMENTOS APLICABLES***

*Civil protection measures for victims of gender-based violence in cross-border
situations: delimitation of applicable instruments*

NOELIA FERNÁNDEZ AVELLO

n.fernandez@uah.es

Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Alcalá

Cómo citar / Citation

Fernández Avello, N. (2025).

Medidas civiles de protección de las víctimas de violencia de género en situaciones
transfronterizas: delimitación de instrumentos aplicables

Cuadernos de Derecho Privado, 12, pp. 85-112

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.81>

(Recepción: 15/07/2025; aceptación: 03/09/2025; publicación: 03/09/2025)

Resumen

Para proteger a las mujeres y a los menores víctimas de violencia de género pueden adoptarse medidas de distinta naturaleza. Diversos instrumentos de DIPr resultan potencialmente aplicables para adoptar estas medidas en situaciones con elementos internacionales, así como para su reconocimiento transfronterizo. Para identificar el instrumento aplicable se requiere calificar cada una de las medidas atendiendo al sujeto objeto de protección y a su naturaleza. Los instrumentos aplicables para la adopción y el reconocimiento de las medidas de protección de la madre y del menor difieren y queda excluido un régimen uniforme.

Palabras clave

Violencia de género, medidas civiles de protección, medidas de seguridad, calificación, delimitación.

Abstract

Measures of various kinds may be adopted to protect women and minors who are victims of gender-based violence. Different Private International Law instruments may potentially apply to implement these measures in situations with international elements, as well as to their cross-border recognition. To determine the applicable instrument, each measure must be classified based on the person to be protected and the nature of the measure. Consequently, the instruments applicable to the adoption and recognition of protective measures for the mother and the child differ, and a uniform regime is therefore excluded.

Keywords

Gender violence, civil protection measures, security measures, classification, delimitation.

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO: MEDIDAS CIVILES DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. II. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. II.1. Medidas de seguridad II.1.1. *Adopción*. II.1.2. *Reconocimiento*. II.2. Otras medidas: alimentos. III. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. III.1. *Adopción*. III.2. *Reconocimiento*. IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL. IV.1. Medidas de protección de los menores sustraídos. IV.2. Medidas de protección de la madre sustractora. V. CONCLUSIONES. *Bibliografía*.

I. PLANTEAMIENTO: MEDIDAS CIVILES DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

1. En una misma resolución pueden adoptarse distintas medidas, y de diversa naturaleza, para proteger tanto a la mujer víctima de violencia de género como a sus hijos: medidas de seguridad para garantizar su integridad física o psíquica, medidas para regular las relaciones entre el padre y los hijos en común, u otras en materia alimenticia¹. En muchos casos, las mismas medidas pueden adoptarse con carácter provisional o definitivo, una vez existe una sentencia condenatoria².

En situaciones transfronterizas, distintos instrumentos de DIPr resultan aplicables para la adopción y el reconocimiento de cada una de estas medidas. En algunos casos, se requiere delimitar el ámbito de aplicación material de varios instrumentos que a priori resultan potencialmente aplicables para la adopción o el reconocimiento de una misma medida. Para efectuar tal delimitación se requiere calificar la medida atendiendo tanto al sujeto objeto de protección como a su naturaleza.

* El artículo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE, nº 131 de 2/6/2011).

¹ Vid. Comisión Europea (2022: pp. 5 y 10). Nos referiremos a las “medidas de seguridad” para tratar las que imponen al agresor una prohibición o limitación del contacto, el acercamiento o la entrada en los lugares donde se encuentren la mujer o sus hijos con el objetivo de garantizar su integridad física o psíquica. Estas medidas pueden adoptarse para proteger a los hijos en común, pero también para proteger a los hijos de la mujer que no sean hijos del agresor. En el concepto de “medida de protección” quedan comprendidas tanto las medidas de seguridad como otras relativas a la responsabilidad parental o en materia alimenticia que también pueden ser adoptadas en una orden de protección. No obstante, las medidas de protección de las víctimas de violencia de género presentan una gran diversidad y heterogeneidad en los distintos Estados: pueden ser de naturaleza civil, penal, administrativa o policial, combinándose entre sí, y también pueden adoptarse otros tipos de medidas. Vid.: van der Aa (2011); van der Aa *et al.* (2015); Oliveras Jané (2019); Steible (2015: pp. 141-146); Torres Rosell (2015: pp. 86-90). Sobre las medidas de protección en el ordenamiento español véanse: art. 544 ter LECRIM, arts. 61 y ss LOVG y art. 158 CC.

² Incluso podrían adoptarse después, aunque no exista sentencia condenatoria, pero sí una situación de peligro. Vid. sobre la posible adopción de estas medidas en el ordenamiento español: Rodríguez Lainz (2014: esp. p. 56).

2. Partiendo de estos presupuestos, en este trabajo se distinguirá entre medidas que pueden adoptarse para proteger a la mujer víctima de violencia de género y medidas que pueden ser adoptadas con el objetivo de proteger a sus hijos menores de edad³. Se requiere un análisis diferenciado, pues los instrumentos de DIPr aplicables a su adopción y reconocimiento difieren en función de cuál sea el sujeto objeto de protección y, por tanto, en algunos casos también pueden diferir las soluciones que proveen.

Posteriormente, se hará una referencia específica a la adopción y el reconocimiento de las medidas de protección en el contexto particular de la sustracción internacional. De nuevo, se distinguirá entre medidas adoptables para proteger a la madre sustractora víctima de violencia de género y al menor sustraído. El sujeto objeto de protección en los instrumentos de DIPr aplicables es el menor, pero la seguridad de la madre sustractora no sólo puede encontrarse comprometida en el Estado de la residencia habitual con carácter previo, sino también después, en el Estado de sustracción y, significativamente, puede quedar de nuevo comprometida si se ordena el retorno del menor y ésta le acompaña⁴. Por ello, también es necesario un análisis particular de los instrumentos de DIPr aplicables para la adopción y el reconocimiento de las medidas de protección de la madre sustractora, y determinar si es posible extender la protección garantizada a los menores también a sus progenitoras en estas situaciones.

II. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

II.1. Medidas de seguridad

II.1.1. Adopción

3. Las medidas de prohibición o limitación del contacto, el acercamiento o la entrada en los lugares donde se encuentre la mujer víctima de violencia de género pueden ser de

³ La Directiva (UE) 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (DO 2024/1385 de 24/5/2024) contempla expresamente a los menores como víctimas de violencia de género. En virtud del art. 2 c) los menores que hayan sufrido daños por haber sido testigos de violencia doméstica se encuentran incluidos en la definición de “víctima” de la Directiva. En el ordenamiento español, los menores ya son tratados expresamente como víctimas de violencia de género desde 2015, con las modificaciones operadas por la LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 175 de 23/7/2015). Desde entonces, el art. 61.2 LO 1/2004 recoge con mayor contundencia la obligación de los tribunales de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento sobre los menores que dependen de la mujer víctima de violencia de género. *Vid.* Cortada Cortijo (2016: pp. 363-378).

⁴ Véase en este sentido Trimmings et al. (2022).

naturaleza penal o civil. En algunos Estados, la existencia de indicios de la comisión de un delito e incluso de un proceso penal iniciado en ocasiones no excluye la calificación civil de las medidas, mientras que en otros se asume su naturaleza penal por estos motivos⁵.

4. Los problemas de calificación de estas medidas se pusieron de manifiesto con la adopción de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección⁶ y el Reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil⁷. Ambos instrumentos establecen normas sólo de reconocimiento y exclusivamente para estos tres tipos de medidas⁸. Mientras que la Directiva es el instrumento aplicable para el reconocimiento cuando estas medidas son calificadas como penales en el Estado de origen, el Reglamento resulta aplicable cuando estas medidas son de naturaleza civil en ese Estado⁹.

El legislador europeo optó por una posición pragmática, adoptando dos instrumentos diferentes, pero sin resolver la problemática calificación de estas medidas. El Reglamento

⁵ Al menos dieciséis Estados miembros de la UE contemplan en sus ordenamientos medidas de protección de naturaleza civil. Cf. Comisión Europea (2022: p. 4). En algunos Estados miembros las medidas de protección civiles no se identifican por tener un objetivo distinto de las que cabría adoptar en un proceso penal, sino porque emanan de instituciones jurídicas de naturaleza civil (matrimonio), y su propósito es prevenir y no sancionar. En cambio, en otros, como España, se parte de que la eficacia de cualquier medida de protección ante una conducta violenta sólo puede ser óptima si se acuerda en un proceso penal. Cf. Serrano Masip (2018: p. 427).

⁶ Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección (DO L 338/2 de 21/12/2011).

⁷ Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DO L 181/4 de 29/6/2013). Los problemas de calificación y delimitación que suscitaría el Reglamento (UE) 606/2013 fueron identificados desde su aparición [vid. Requejo Isidro (2015: p. 70)] e, igualmente, fueron puestas de manifiesto las dudas sobre su relevancia práctica, por su posible solapamiento con otros instrumentos europeos. Los datos sobre su aplicación en los distintos Estados miembros son escasos y la información existente revela que se ha aplicado en muy pocas ocasiones. Vid. Comisión Europea (2022: p. 9). Posiblemente ello explica que el Reglamento no haya sido objeto de ninguna cuestión prejudicial ante el TJUE, pese los numerosos puntos controvertidos que plantea su aplicación.

⁸ El Reglamento (UE) 606/2013 se aplica al reconocimiento de medidas civiles de prohibición o regulación del contacto, del acercamiento y de la entrada en los lugares donde la persona protegida resida, trabaje, que frecuente o en el que permanezca habitualmente (art. 3.1). Las mismas medidas se contemplan en términos muy similares en el art. 5 de la Directiva 2011/99/UE. Ambos instrumentos están especialmente dirigidos a las víctimas de violencia de género, pero su aplicación es general y no se reduce a estas situaciones. En este sentido, ha de recordarse la inexistencia de un estatuto transfronterizo de la víctima de violencia de género en la UE. Cada una de las medidas de protección puede ser objeto de un régimen de reconocimiento diferente, y algunas de las medidas (sociales, laborales, en materia de extranjería) no tienen efectos transfronterizos. Vid. en este sentido Ruiz Sutil (2020: pp. 5-8).

⁹ La necesidad de dos instrumentos, uno para las medidas de naturaleza penal y otro para las medidas de naturaleza civil, viene determinada por las distintas bases jurídicas de Derecho de la UE aplicables en uno u otro caso. No obstante, también se ha señalado que concurren motivos políticos y de conveniencia, como las condiciones más restrictivas impuestas para el reconocimiento de las medidas penales en la Directiva 2011/99/UE. Vid.: Rodríguez Lainz (2014: esp. pp. 31-33); Peyró Llopis (2013).

(UE) 606/2013 establece que el concepto de “materia civil” debe interpretarse de manera autónoma conforme a los principios del Derecho de la UE (Considerando 10), y excluye expresamente que la naturaleza civil, administrativa o penal de la autoridad que dicta la medida sea determinante para calificarla¹⁰. No obstante, cabe sostener que no existen elementos suficientes para efectuar tal calificación autónoma¹¹.

Para calificar la medida a efectos de la aplicación de uno u otro instrumento debe tenerse en cuenta la relación de complementariedad entre la Directiva y el Reglamento. El objetivo es que siempre que se trate de uno de los tres tipos de medidas contemplados en ambos instrumentos uno u otro puedan aplicarse para el reconocimiento transfronterizo de la medida, y ello determina la necesidad de una delimitación conjunta de los ámbitos materiales de la Directiva y el Reglamento, evitando vacíos. La Directiva parte de la consideración como acto delictivo de la conducta que origina la necesidad de protección, tipificación penal que sigue en manos de los Estados miembros¹². La aplicabilidad de la Directiva dependería, por tanto, de la calificación según los ordenamientos nacionales: sólo lo que en los Estados miembros sea materia penal lo será también a efectos de la aplicación de la Directiva¹³. En consecuencia, la aplicabilidad del Reglamento también dependería de la calificación efectuada en cada ordenamiento nacional: sólo las medidas

¹⁰ Sin embargo, este sí puede jugar como un indicio tomado en consideración junto con otros para determinar la naturaleza civil o penal de la medida.

¹¹ La jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de la “materia civil y mercantil” que constituye el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I bis resulta útil, pero posiblemente sólo pueda emplearse de forma limitada y no es concluyente a estos efectos. En este sentido: Dutta (2015: pp. 145-146), Bogdan (2015: pp. 407-409).

¹² En la Directiva (UE) 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica se tipifican una serie de delitos por primera vez a escala de la UE. Ello tendrá algunos efectos directos sobre el reconocimiento de las medidas de seguridad y también otros, previsibles, sobre la calificación de estas medidas, pero el plazo para transponer la Directiva no finaliza hasta el 14 de junio de 2027. Con la Directiva (UE) 2024/1385 sólo se ha llevado a cabo una armonización de mínimos. Se tipifican ciertos delitos, pero no se abarcan todos los que se pueden considerar como delitos de violencia de género o doméstica en los distintos Estados miembros. Los efectos más inmediatos se darán en relación con la Directiva 2011/99/UE, pues esta exige la doble tipificación del delito que da lugar a la adopción de las medidas de seguridad penales. Es decir, la conducta del agresor tiene que ser contemplada como un delito tanto en el Estado miembro de origen como en el requerido para que la medida pueda ser reconocida en este último. De este modo, se excluye la posibilidad de que la medida penal no sea reconocida porque el delito no se encuentre tipificado en el Estado requerido, siempre que se trate de uno de los tipificados por la Directiva (UE) 2024/1385. *Vid.* Borges Blázquez (2023). Se critica que no se haya aprovechado la Directiva (UE) 2024/1385 para arrojar luz sobre la calificación (penal) de las medidas de protección, al menos cuando se trate de los delitos regulados en la Directiva en Arangüena Fanego (2025: pp. 27-28).

¹³ *Cf.* Requejo Isidro (2015: pp. 62-63).

adoptadas para proteger a las víctimas ante hechos que no sean considerados como delitos serían reconocidas conforme al Reglamento¹⁴.

Algunos sectores han sostenido otra posición, en virtud de la cual sería el proceso en el que se adopta la medida lo determinante de la aplicación de uno u otro instrumento¹⁵, y no la calificación como delito del acto que provoca la necesidad de protección¹⁶. Es decir, serían penales todas las medidas adoptadas en un proceso penal (y se les aplicaría la Directiva), mientras que únicamente podrían ser calificadas como civiles las adoptadas fuera de un proceso penal (y estas se reconocerían conforme al Reglamento)¹⁷.

5. En la Comunicación del Gobierno español sobre las autoridades competentes en España para adoptar medidas de seguridad civiles reconocibles a través del Reglamento (UE) 606/2013¹⁸ no se designa ninguna autoridad competente, sosteniéndose que tales medidas no existen en nuestro ordenamiento¹⁹. Ha de asumirse, por tanto, que las medidas de seguridad de la mujer víctima de violencia de género son siempre medidas de naturaleza penal en el ordenamiento español, quedando excluida la aplicación de los instrumentos de DIPR en el momento de su adopción por los tribunales españoles²⁰.

¹⁴ Vid. Peyró Llopis (2013: p. 18). Desde esta perspectiva, la Directiva (UE) 2024/1385 podría contribuir a que se reduzca el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 606/2013, pues las medidas de seguridad adoptadas para proteger a las víctimas de los delitos de la Directiva (UE) 2024/1385 no podrían ser civiles.

¹⁵ Vid. *ibidem* (pp. 21-23), Etxebarria Estankona (2019: pp. 109-110).

¹⁶ Ha de destacarse que el Reglamento (UE) 606/2013 no excluye que la persona protegida pueda ser víctima de un delito (Considerando nº 7). La naturaleza delictiva de la situación generada por el causante del riesgo no sería determinante de la calificación penal de la medida y, por tanto, no quedaría excluida su calificación civil ni la aplicación del Reglamento. Así, en el Reglamento (UE) 606/2013 quedarían incluidas medidas civiles preventivas previas a una condena por la comisión de un delito o alternativas a las medidas penales. Vid. Rodríguez Lainz (2014: pp. 33-42).

¹⁷ Cf. Dutta (2015: p. 146). Posiblemente ninguna de las dos posiciones expuestas sirva para resolver completamente, o al menos no en todos los casos, la calificación de las medidas. Es posible que deba realizarse una valoración, caso por caso, en la que se tomen en consideración diversos elementos: la existencia o no de un ilícito penal, la naturaleza y principios en los que se inspira el proceso en el que se adopta la medida, la naturaleza de la autoridad que la adopta y la eventual intervención de otras autoridades en el proceso, o la norma nacional que regula la medida. Véase en este sentido Requejo Isidro (2015: pp. 56-57).

¹⁸ En cumplimiento del art. 18 Reglamento (UE) 606/2013.

¹⁹ El texto de la comunicación, actualizada a 30/5/2025, es el siguiente: “Artículo 18, letra a)(i) - las autoridades competentes para dictar medidas de protección y expedir certificados de conformidad con el artículo 5: *No aplica. En España no hay órdenes de protección como las descritas en el Reglamento 606/2013 y por ello no hay autoridades competentes para la emisión de estas órdenes y sus certificados en los términos previstos en el Art 5*”. Sin embargo, la información proporcionada en el portal e-justicia ha variado a lo largo del tiempo. Como hicieron constar algunos autores en su momento, tras una actualización en el año 2017, en el portal e-justicia podía leerse lo siguiente: “*Cualquier juez o magistrado, no solo de la jurisdicción civil sino también de otras jurisdicciones (penal, social, contencioso administrativo) pueden ordenar medidas de protección con un contenido en materia civil*”. Vid. Serrano Masip (2018: p. 410), Etxebarria Estankona (2018: p. 402).

²⁰ Por tanto, cuando las medidas de seguridad se dicten en España para proteger a la mujer víctima de violencia de género se reconocerán en otros Estados miembros solamente a través de la Directiva

6. En cuanto a los Estados en los que estas medidas puedan ser calificadas como civiles, ha de tenerse en cuenta que en la Propuesta del Reglamento (UE) 606/2013 se encontraba una norma de competencia judicial internacional, que finalmente fue suprimida²¹. Esto puede verse como un indicio en el sentido de que las tres medidas de seguridad del Reglamento (UE) 606/2013 no se encontrarían incluidas en el ámbito de aplicación de ningún reglamento europeo de competencia²². Suprimida la norma de la versión final del Reglamento, para adoptar tales medidas en estos Estados tendrían que aplicarse las normas de competencia internas.

Sin embargo, algunos sectores doctrinales excluyen el recurso a las normas de competencia internas y mantienen otras posiciones: así, en ocasiones se plantea su calificación como materia matrimonial²³, de modo que el Reglamento Bruselas II ter²⁴ y el Reglamento Roma III²⁵ resultarían aplicables cuando la adopción de la medida se plantee en un proceso de divorcio²⁶; también se ha sostenido la aplicación del Reglamento

2011/99/UE. Ha de tenerse en cuenta que la naturaleza civil de las medidas de seguridad queda excluida sólo cuando se adoptan para proteger a la mujer víctima de violencia de género, y no cuando se adoptan para proteger a los menores (véase nº 16). No obstante, se ha sostenido que alguna de las medidas de seguridad de las mujeres víctimas de violencia de género contempladas en el ordenamiento español sí deberían calificarse como civiles. En particular, la prohibición de acercamiento y de comunicación del art. 64.3 y 5 LOVG, que pueden ser dictadas en un proceso civil que se sustancie en un Juzgado de Violencia sobre la Mujer o en un Juzgado de Primera Instancia. Cf. Serrano Masip (2018: p. 425). Igualmente, se ha sostenido la calificación civil de las medidas de protección adoptables para proteger a la mujer pese a una sentencia absolutoria cuando exista una situación de riesgo. Vid. Rodríguez Lainz (2014: pp. 56-57).

²¹ Vid. art. 3 de la Propuesta [COM(2011) 276 final].

²² Sostiene esta posición Wilderspin (2022: p. 178). No obstante, esta posición no es coherente con la mantenida en el propio Reglamento (UE) 606/2013, que a efectos del reconocimiento establece la inclusión de estas medidas en el ámbito material de otros instrumentos de europeos (véase nº 9).

²³ En este sentido, se ha sostenido que la medida que impone la salida de la vivienda familiar podría calificarse como perteneciente al ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II bis. Cf. Pertegás y Mariottini (2017: 279). Véase también en este sentido: Pretelli (2023: p. 174).

²⁴ Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DO L 178 de 2/7/2019).

²⁵ Reglamento (UE) n.º 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343 de 29/12/2010).

²⁶ Cf. de Götzen (2014: p. 286). En la Propuesta del Reglamento (UE) 606/2013 se parte de una calificación matrimonial de las medidas de seguridad adoptadas entre cónyuges (vid. p. 6). También se ha planteado la aplicación del Reglamento Bruselas II ter, pero no con base en una calificación matrimonial, sino por considerar las medidas de seguridad de la madre como medidas de protección de sus hijos menores. Ello porque protegiendo a la madre se protege al mismo tiempo al menor, al poner fin a su exposición a la violencia sufrida por la madre. No obstante, la viabilidad de esta interpretación se ha descartado expresamente: Dutta y Tertsch (2019: p. 6).

Bruselas I bis²⁷ y del Reglamento Roma II²⁸, sobre la base de que estas medidas se adoptan tras el padecimiento de un daño por la víctima y/o para impedir daños futuros²⁹.

7. En cuanto a la calificación matrimonial, se asienta en los principios del Derecho interno de algunos Estados miembros, por lo que no parece justificada en la aplicación de los Reglamentos europeos. La adopción de medidas de protección no afecta al vínculo matrimonial³⁰ y las mismas medidas pueden adoptarse independientemente de que la víctima esté o no casada con el agresor³¹. Si se admitiese, se asumiría una calificación diferente de la misma medida por el hecho de que víctima y agresor estén casados, y no se resolvería la calificación de la medida en los casos en los que no exista matrimonio.

8. La aplicación del Reglamento Bruselas I bis suele gozar de mayor aceptación entre la doctrina³². Se ha sostenido que en algunos casos las medidas de seguridad pueden considerarse incluidas en su ámbito de aplicación material por varias razones: porque no quedan excluidas en virtud del art. 1.2; por la amplitud del concepto “materia civil” del Reglamento, en el que el TJUE ha incluido relaciones de naturaleza híbrida o controvertida; y porque la naturaleza de la autoridad que adopta la medida tampoco es relevante en la calificación³³.

²⁷ Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20/12/2012).

²⁸ Reglamento (CE) n° 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DO L 199 de 31/7/2007).

²⁹ Cf. de Götzen (2014: p. 282).

³⁰ Cf. Dutta y Tertsch (2019: pp. 7-8), Hess (2011: p. 33), Bogdan (2015: p. 410). La calificación de estas medidas como materia matrimonial en algunos casos podría tener la potencialidad de que los tribunales competentes para el divorcio lo sean también automáticamente para su adopción. En este sentido: Hess (2011: p. 35).

³¹ Aunque se admitiese una calificación matrimonial, si se tratase de medidas provisionales deberían aplicarse las normas internas de competencia. La norma de competencia para las medidas provisionales del Reglamento Bruselas II ter (art. 15) tiene un ámbito personal más restringido que la del Reglamento Bruselas II bis (art. 20), al referirse exclusivamente a medidas provisionales adoptables respecto a menores, de modo que ya no existen normas europeas de competencia para la adopción de medidas provisionales en materia matrimonial.

³² Para algunos autores el encaje de estas medidas en el ámbito material de Bruselas I bis no es problemático: Bogdan (2015: pp. 409-410), Dutta y Tertsch (2019: pp. 8-9), de Götzen (2014: p. 279), Honorati (2022: p. 143).

³³ No obstante, se ha señalado que los criterios de competencia del Reglamento Bruselas I bis podrían no ser los más adecuados teniendo en cuenta las particularidades de las situaciones que justifican la adopción de las medidas. Cf. Requejo Isidro (2015: p. 59). Si se considerase que la medida está incluida en el ámbito material del Reglamento Bruselas I bis, serían competentes los tribunales del domicilio del demandado y los del Estado donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso (art. 7.2). Cabe sostener que serán competentes con base en este último foro los tribunales del Estado donde se haya producido el daño, pero también los de un Estado al que se haya trasladado con posterioridad la víctima, donde las medidas de seguridad tienen la función de evitar posteriores agresiones. La aplicación del art. 7.3 plantea inconvenientes si se sigue el criterio del tipo de proceso para la calificación de las medidas: si se adoptasen en un proceso penal no podrían ser de naturaleza civil, sino penal. En cualquier caso, cuando el demandado se encuentre domiciliado en un tercer Estado deberán aplicarse las normas de competencia internas y,

La aplicación del Reglamento Roma II para la determinación de la ley aplicable se justificaría también sobre la base de la amplitud del concepto de “obligación extracontractual” del Reglamento, pero puede encontrar el obstáculo de la exclusión de las obligaciones extracontractuales que se deriven de relaciones familiares de su ámbito de aplicación³⁴. Así, cabe considerar que si la relación de parentesco resulta determinante en la producción del daño el Reglamento Roma II no resulta aplicable, debiendo recurrirse a las normas de conflicto internas. No obstante, parece más adecuado asumir un alcance menor de esta exclusión, limitándola a los daños derivados del incumplimiento de obligaciones propias del Derecho de familia, y desde esta perspectiva sí cabría considerar aplicable el Reglamento Roma II³⁵.

II.1.2. Reconocimiento

9. Cuando las medidas de prohibición o limitación del contacto, el acercamiento o la entrada en los lugares donde se encuentre la mujer víctima de violencia de género son adoptadas en Estados miembros en los que se califican como civiles, estas pueden ser reconocidas en España a través del Reglamento (UE) 606/2013. El mecanismo del Reglamento consiste en la certificación de una medida ya dictada por las autoridades del Estado de origen a petición de la mujer. Para ello, la medida tuvo que haberse puesto en conocimiento del agresor y, en caso de haberse dictado en rebeldía, habersele notificado

asimismo, deberá determinarse si cabe la aplicación de los foros en materia extracontractual contenidos en estas.

³⁴ Según el art. 1.2 RRII quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento: *a) las obligaciones extracontractuales que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos (...)*. Vid. Rodríguez Pineau (2016: esp. pp. 113-123), von Hein (2022: pp. 99-100).

³⁵ En efecto, algunos autores no consideran estos daños excluidos en virtud del art. 1.2 RRII: Dutta y Tertsch (2019: p. 10), de Götzén (2014: p. 282); Hess (2011: pp. 30-32). De considerarse incluidas estas medidas en el ámbito material del Reglamento Roma II, resultaría aplicable la ley del Estado de la residencia habitual común en el momento en el que se produjo el daño (art. 4.2). Si no existe residencia habitual común se aplicará ley del país donde se produjo el daño (art. 4.1). En cualquier caso, si existe una vinculación más estrecha con otro Estado diferente al de la residencia habitual común o al de producción del daño, deberá aplicarse la ley de ese Estado (art. 4.3). La localización del daño puede resultar problemática tanto a efectos de la determinación de la competencia (art. 7.2 RBIB) como a efectos de la determinación de la ley aplicable (art. 4.2 RRII). Se ha sostenido que cuando se trate de medidas que prohíben al agresor entrar en los lugares que frecuenta la víctima debe aplicarse la ley del Estado en el que estos se localicen. Las medidas de prohibición del contacto resultan particularmente problemáticas teniendo en cuenta que este puede ser telefónico o telemático. Al igual que cuando se trata de medidas que prohíben al agresor aproximarse a la víctima, el daño puede producirse en cualquier Estado donde esta última se encuentre, de modo que, si es previsible que esta se encuentre en el territorio de distintos Estados, la solución más conveniente podría consistir en aplicar la conexión de los vínculos más estrechos del art. 4.3 RRII. Véase en este sentido Dutta y Tertsch (2019: pp. 8-10)

o informado de la iniciación del procedimiento con tiempo suficiente para preparar su defensa.

Cumplidos estos requisitos y certificada la medida, será reconocida en los demás Estados miembros de la UE -excepto Dinamarca- sin necesidad de procedimiento alguno y tendrá fuerza ejecutiva sin requerirse declaración de ejecutoriedad. Contra la certificación de la medida no cabe recurso, sino que sólo se reconoce la posibilidad de solicitar la rectificación del certificado en caso de error material que implique una discrepancia entre el certificado y la medida de protección. Sin embargo, cabe solicitar la revocación si el certificado se hubiese expedido indebidamente porque la medida no se hubiese puesto en conocimiento del agresor o por tratarse de una medida no incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento³⁶.

Como motivos de denegación del reconocimiento o la ejecución, sólo cabe que el causante del riesgo invoque la contrariedad al orden público del Estado requerido³⁷ o que este sea incompatible con una sentencia dictada o reconocida en el Estado miembro requerido³⁸. En este sentido, el Reglamento contempla la posibilidad de que se den situaciones en las que, con base en los mismos hechos, no podrían imponerse las medidas que pretenden reconocerse si se aplicase el ordenamiento del Estado miembro requerido. Estas situaciones se contemplan para excluir expresamente que este sea un motivo para denegar el reconocimiento (art. 13.3).

La medida sólo deberá ser objeto de adaptación en cuanto a sus elementos fácticos en el Estado miembro requerido. El alcance de la adaptación es muy limitado, pues sólo podrá modificarse la medida en lo que sea necesario para poder ejecutarla “en términos prácticos”³⁹.

³⁶ En la práctica, la revocación equivale a un recurso por motivos tasados: Requejo Isidro (2015: p. 64).

³⁷ Se ha considerado la posibilidad de introducir un control de la competencia a través del motivo de orden público. Cf. Bogdan (2015: p. 409). En contra véase Requejo Isidro (2015: p. 66).

³⁸ Por ejemplo, una medida de alejamiento del progenitor respecto a la progenitora víctima de violencia de género dictada en un Estado miembro que pretenda reconocerse en otro Estado miembro será inconciliable con una decisión del segundo Estado en la que se establezcan derechos de visita del progenitor al hijo en común en el domicilio familiar. Cf. *idem*.

³⁹ Las posibilidades de adaptación quedan bien definidas en el Considerando 20: *A la luz de lo anterior, y siempre que se preserven la naturaleza y los elementos esenciales de la medida de protección, debe permitirse que la autoridad competente del Estado miembro requerido adapte los elementos fácticos de la medida de protección, cuando dicha adaptación sea necesaria para que el reconocimiento de la medida de protección sea efectivo en términos prácticos en el Estado miembro requerido. Los elementos fácticos comprenden la dirección, la ubicación general o la distancia mínima que tiene que guardar la persona causante del riesgo de la persona protegida, de la dirección o de la ubicación general. Sin embargo, tal*

En contrapartida, los efectos del reconocimiento de la medida certificada conforme al Reglamento (UE) 606/2013 tienen una duración limitada, de doce meses desde la fecha de expedición del certificado, aunque la duración de la medida sea mayor. En el Considerando 16 se prevé que cuando la duración de la medida supere los doce meses, podrá reconocerse aplicando otros instrumentos de la UE o solicitarse una medida de protección nacional en el Estado miembro requerido. De ello se deduce, implícitamente, que estas medidas también quedan incluidas en otros instrumentos de reconocimiento de la UE, con los que el Reglamento (UE) 606/2013 se considera compatible a efectos del reconocimiento, al menos siempre que se trate de medidas que superan los doce meses de duración⁴⁰. Es decir, si la medida superase los doce meses de duración, la mujer podría optar por su reconocimiento, en su duración íntegra, a través del Reglamento Bruselas I bis. No se contemplan, al menos expresamente, otras alternativas que podrían resultar más favorables: que una vez transcurrido el plazo de caducidad del certificado del Reglamento (UE) 606/2013 se pueda solicitar un nuevo certificado en el Estado miembro

adaptación no podrá afectar a la índole ni al carácter civil de la medida de protección. Contra la decisión de adaptación cabe recurso sin efecto suspensivo (art. 11).

⁴⁰ Como se ha visto en el análisis de la calificación de estas medidas a efectos de la determinación de la competencia, el Reglamento Bruselas I bis sería el único instrumento de reconocimiento europeo en el que cabría considerar incluidas las medidas de seguridad de la mujer víctima de violencia de género, partiendo de la amplitud de su ámbito de aplicación. En la Propuesta del Reglamento (UE) 606/2013 se parte de que, por la especialidad de este instrumento, sustituye al Reglamento Bruselas I bis (*vid.* p. 6). Sin embargo, en el texto del Reglamento (UE) 606/2013 no existe ninguna disposición expresa en cuanto a su relación con el Reglamento Bruselas I bis. Por ello, se ha sostenido que cabe una aplicación alternativa de uno u otro instrumento. A priori, la aplicación del Reglamento (UE) 606/2013 debería resultar más protectora, por tratarse de un instrumento específico que debería ser más eficaz y aportar un valor añadido sobre el instrumento general. Sin embargo, existen diferencias entre ambos instrumentos que pueden adquirir relevancia en situaciones concretas. En caso de que se admita una aplicación alternativa, se debería realizar una evaluación minuciosa de la situación, teniendo en cuenta la regulación de cada instrumento. Ambos regímenes se basan en la abolición del exequátur y en la emisión de un certificado en el Estado miembro de origen cuando se cumplen las condiciones para la ejecución de la resolución. Los motivos de oposición a la ejecución se basan en ambos instrumentos en el orden público y en la existencia de una resolución inconciliable dictada o reconocida en el Estado miembro requerido. No obstante, los motivos del Reglamento (UE) 606/2013 son más limitados, ya que no incluye los de la legislación del Estado miembro requerido, como sí lo permite el Reglamento Bruselas I bis. Los instrumentos adoptan posiciones diferentes para decisiones adoptadas sin notificación previa al causante del riesgo, algo habitual en las medidas de protección. Si la medida ha sido dictada en rebeldía, el Reglamento (UE) 606/2013 exige que se haya notificado a la persona causante del riesgo el documento que haya iniciado el procedimiento o haberse informado de otra forma de la iniciación del procedimiento, con tiempo suficiente y de manera que le permita preparar su defensa (arts. 6.1 y 6.2). De lo contrario, la medida no se certificará. En el Reglamento Bruselas I bis, en cambio, el certificado puede expedirse siempre que se pruebe la notificación de la sentencia. Este puede ser un motivo de denegación de la ejecución [arts. 46 y 45.1 b)], pero deberá ser invocado por el causante del riesgo en el Estado requerido, aplicándose mientras tanto la medida. *Cf.* Honorati (2022: pp. 146-148). En cuanto a las medidas provisionales o cautelares adoptadas ex parte, el Reglamento (UE) 606/2013 exige que el causante del riesgo haya podido impugnar la medida en virtud del Derecho del Estado miembro de origen (art. 6.3). El Reglamento Bruselas I bis, en cambio, permite el reconocimiento si la medida ha sido acordada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del propio Reglamento para conocer sobre el fondo del asunto y ha sido notificada al demandado antes de su ejecución. *Cf.* de Götzen (2014: pp. 285-286).

de origen conforme a este mismo Reglamento⁴¹ u optar por el reconocimiento de la medida para su duración restante conforme al Reglamento Bruselas I bis⁴².

10. En cuanto al reconocimiento en España de las medidas de seguridad civiles certificadas conforme al Reglamento (UE) 606/2013 en otros Estados miembros, la Comunicación del Gobierno español sobre las autoridades ante las cuales deben invocarse y competentes para ejecutarlas también resulta controvertida. Según la Comunicación, son competentes los Juzgados de Primera Instancia o los de Familia del domicilio de la víctima, y no se hace referencia -expresa- a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (JVM)⁴³.

En la SAP Barcelona nº 102/2018⁴⁴ emergen problemas derivados de esta Comunicación y también cuestiones relativas a la calificación de las medidas certificadas -como civiles- conforme al Reglamento (UE) 606/2013 en otro Estado miembro. Estos se tradujeron en la anulación de la relevancia práctica del Reglamento y en la desprotección de las víctimas.

Una mujer había instado ante el JVM nº 4 de Barcelona el reconocimiento de una orden dictada en Reino Unido contra su marido, residente en Barcelona, en la que se establecía una prohibición de comunicación y de acercamiento a la mujer y al hijo en común:

- El JVM nº 4 devolvió el asunto para que se rectificase la clase de asunto, consignando que era una cuestión penal y no civil, y que fuese remitido al JVM nº 2 de Barcelona, al que correspondía la competencia para la tramitación de las órdenes de protección (penales) en virtud de un acuerdo de la Junta de Jueces.
- Después el JVM nº 2 se declaró incompetente por razón de la materia y devolvió los autos, que fueron de nuevo repartidos y asignados al Juzgado de Familia nº 17 de Barcelona (competente en materia civil, salvo en casos de violencia de género).
- Posteriormente, el Juzgado de Familia dispuso la devolución del asunto al JVM nº2, al considerar que se trataba de medidas de carácter penal por la existencia de actos de violencia y que era incompetente para conocer de medidas de esta naturaleza.

⁴¹ Vid. en este sentido Dutta (2014: pp. 150 y 154), Wilderspin (2014: p. 524).

⁴² Vid. Trimmings (2022: p. 167).

⁴³ Puede consultarse también en el portal e-justicia: https://e-justice.europa.eu/topics/taking-legal-action/european-judicial-atlas-civil-matters/mutual-recognition-protection-measures-civil-matters/es_es.

⁴⁴ SAP 102/2018 de 1/3/2018 (ECLI:ES:APB:2018:435A). Puede encontrarse un comentario sobre esta Sentencia en Rodríguez Llamas (2019: pp. 137-144).

- El JVM nº 2 de Barcelona declaró por auto su falta de competencia objetiva.

La mujer recurrió el Auto del JVM nº 2 de Barcelona y la AP lo declaró nulo, sobre la base de que la comunicación del Gobierno español había sido objeto de una interpretación incorrecta⁴⁵. Según la AP, los órganos jurisdiccionales competentes para el reconocimiento son todos los que asumen las funciones de los Juzgados de Primera Instancia o de Familia, como lo son los JVM⁴⁶. Los JVM son también juzgados de primera instancia y de familia cuando concurre un delito de violencia de género, y ostentan competencias tanto penales como civiles, de modo que no existía ningún motivo para que el JVM rechazase su competencia para el reconocimiento de las medidas⁴⁷.

Sin embargo, la AP no se pronuncia expresamente sobre las disquisiciones planteadas por los Juzgados involucrados en cuanto a la calificación de las medidas. Estas fueron injustificadas, pues las medidas ya certificadas como civiles en el Estado de origen tienen que reconocerse como medidas civiles en el Estado de destino, sin que sea posible transformar su naturaleza⁴⁸.

⁴⁵ En la Sentencia, la Comunicación se considera deficiente, imprecisa, errónea y generadora de confusión por la AP que, no obstante, recuerda que no es vinculante para la aplicación del Reglamento (UE) 606/2013, sino un mero acto administrativo que es necesario interpretar con base en el principio de mayor efectividad del fin de la norma, que es la protección de la víctima.

⁴⁶ Según consta en la Sentencia, el rechazo de la competencia de los JVG para el reconocimiento de las medidas civiles se había basado en unos comentarios doctrinales del Reglamento (UE) 606/2013. Lo cierto es que la comunicación ha sido objeto de una interpretación literal, diferente a la efectuada por la AP, y se han señalado sus deficiencias sobre la base de esta interpretación literal, que excluiría la competencia de los JVG para el reconocimiento. Se critica, no obstante, la interpretación efectuada por la AP en la Sentencia en Martín Mazuelos (2021: pp. 14-18). Para el autor, en aquel momento los Juzgados de Violencia sobre la Mujer no tenían competencia para el reconocimiento de resoluciones extranjeras. Ha de tenerse en cuenta que la atribución expresa de competencia para reconocer y ejecutar resoluciones en materia civil a las Secciones de Violencia sobre la Mujer sólo se introdujo posteriormente, con la modificación de la LOPJ operada por la LO 1/2025 de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (BOE nº 3 de 3/1/2025). Desde entonces, el art. 89.6 j) LOPJ recoge esta competencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer lo que, no obstante, no se ha visto como un cambio sustancial, pues estaría muy limitada por las condiciones que se imponen. En efecto, el art. 89.7 establece como requisito *que se hayan iniciado ante la Sección de Violencia sobre la Mujer de un Tribunal de Instancia actuaciones penales por delito o delito leve a consecuencia de un acto de violencia de género o de un acto de violencia sexual, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género*. Es decir, el reconocimiento de la resolución civil sólo procedería cuando se ha iniciado ante un tribunal español un procedimiento penal por delito de violencia de género. Cf. Martín Mazuelos (2025).

⁴⁷ La SAP señala la manifiesta indefensión a la que se sometió a la mujer, con grave riesgo para ella al quedar sin protección durante la tramitación del recurso de apelación. En la resolución extranjera constaba la peligrosidad del hombre, al haber existido actos de violencia contra la mujer y el hijo, incluido un intento de secuestro.

⁴⁸ Vid. Considerandos 14 y 20 del Reglamento (UE) 606/2013. La AP tampoco tuvo en cuenta que el Reglamento (UE) 606/2013 no resultaba aplicable al reconocimiento de las medidas de protección del menor, pues para el reconocimiento de estas medidas debería haberse aplicado el Reglamento Bruselas II bis (véase nº 16).

II.2. Otras medidas: alimentos

11. La atribución provisional de la vivienda familiar se contempla expresamente como una medida de protección de las mujeres víctimas de violencia de género en algunos Estados⁴⁹ y presenta una clara vinculación con las medidas de seguridad, pues puede actuar como presupuesto a la hora de fijar las medidas de prohibición de acercamiento o entrada en los lugares donde se encuentre la mujer. Se han planteado hasta tres alternativas en cuanto a la calificación de esta medida: como materia matrimonial⁵⁰, alimenticia o relativa a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o la pareja registrada⁵¹.

En este caso también debería rechazarse una calificación matrimonial sobre la base de los mismos argumentos ya vistos: se trata de una medida adoptable independientemente de que la víctima esté o no casada con el agresor y que no afecta al vínculo matrimonial. Teniendo en cuenta la naturaleza de la medida, lo más adecuado sería considerarla una materia alimenticia del Reglamento 4/2009⁵² y del Protocolo de la Haya de 2007⁵³. La atribución temporal se realiza al margen de la titularidad jurídico-real del bien, del régimen económico matrimonial y de los eventuales pactos de los cónyuges⁵⁴. Sólo posteriormente, cuando se decida sobre la asignación y titularidad definitivas de la vivienda, esta será una materia perteneciente al Reglamento (UE) 2016/1103⁵⁵. Así, a la medida de atribución temporal de la vivienda familiar se le aplicaría el mismo régimen de competencia y reconocimiento que a cualquier otra medida en materia alimenticia adoptada con el objetivo de proteger a la mujer víctima de violencia de género⁵⁶.

12. No obstante, la calificación de la medida puede verse alterada cuando existan hijos menores que también residan en la vivienda. En estos casos, la medida puede conservar una calificación alimenticia o bien ser una medida de protección del menor⁵⁷. Si la medida

⁴⁹ Vid. Steible (2015: p. 143).

⁵⁰ En este sentido véase Pertegás y Mariottini (2017: pp. 279), Dutta (2015: pp. 147-148).

⁵¹ Vid. en este sentido Von Hein (2022: 94-95).

⁵² Reglamento (CE) 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7 de 10/1/2009).

⁵³ Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

⁵⁴ Por ello, se ha considerado que lo más razonable es decantarse por una calificación alimenticia: Jiménez Blanco (2021: pp. 140-142).

⁵⁵ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DO L 183/1 de 8/7/2016). Vid. Cordero Álvarez (2025: pp. 339-349).

⁵⁶ Serán competentes los tribunales del Estado de la residencia habitual del agresor o de la mujer víctima de violencia de género y, en su caso, los que estén conociendo del divorcio (art. 3 Reglamento 4/2009).

⁵⁷ Véase en este último sentido Cebrián Salvat (2018: p. 137)

de atribución provisional de la vivienda presenta vinculación con la custodia es posible que se considere como una medida de protección del menor, con la consiguiente aplicación del Reglamento Bruselas II ter y del Convenio de la Haya de 1996. En caso contrario, si prevalece la naturaleza alimenticia de la medida⁵⁸, se deberá identificar al acreedor de alimentos del Reglamento 4/2009 y del Protocolo de la Haya de 2007. Es posible que, de conformidad con la interpretación autónoma del concepto de acreedor, el menor deba ser considerado como la persona a quien el progenitor debe los alimentos, y no su madre, con los correspondientes efectos sobre la aplicación de los foros y conexiones de ambos instrumentos.

13. El reconocimiento de la medida sólo será necesario en casos particulares. Por ejemplo, procedería su adopción si las medidas de protección se adoptan en un Estado miembro en el que la mujer y el agresor se encuentran temporalmente y en ese momento ya se prevé el retorno de la mujer al Estado miembro de origen, en el que residen habitualmente y se encuentra la vivienda familiar. El Reglamento (UE) 606/2013 sólo resulta aplicable al reconocimiento de las tres medidas de seguridad vistas de modo que, aunque la asignación temporal de la vivienda familiar es una medida en la práctica muy vinculada, a ésta debería aplicársele el Reglamento 4/2009⁵⁹. No obstante, cabe sostener que en casos como el del ejemplo no existe justificación para que las autoridades del Estado de estancia temporal se pronuncien sobre la asignación temporal de una vivienda localizada en otro Estado⁶⁰. Posiblemente la mujer deberá solicitar la adopción de la medida de asignación temporal de la vivienda una vez haya regresado al Estado de la residencia habitual. Si en el Estado de estancia temporal se adoptaron medidas de seguridad (prohibición de acercamiento o entrada) y estas se reconocen en el Estado de residencia habitual conforme al Reglamento (UE) 606/2013, éstas deberán ser adaptadas, tal y como prevé este Reglamento, una vez asignada la vivienda a la mujer.

⁵⁸ Se ha sostenido que, aunque la medida se encuentre vinculada con la custodia, debe prevalecer la calificación alimenticia: Jiménez Blanco (2021: pp. 114, 140, 141).

⁵⁹ Se critica que no se incluyese esta medida en el Reglamento (UE) 606/2013 en Dutta (2015: p. 147). No obstante, aplicándose el Reglamento 4/2009 también queda excluido el exequátur en la mayor parte de los casos y puede llegar a favorecerse el reconocimiento. Ha de tenerse en cuenta que si el Estado en el que se dicta la medida es parte del Protocolo de la Haya de 2007 no se contemplan como motivos de denegación del reconocimiento el orden público ni la existencia de una resolución inconciliable en el Estado miembro requerido.

⁶⁰ En este sentido: von Hein (2022: p. 96).

III. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

III.1. Adopción

14. Generalmente se admite que la competencia para adoptar medidas de seguridad del menor debe regirse por el Reglamento Bruselas II ter, pues la prohibición o limitación del contacto, el acercamiento o la entrada en los lugares donde se encuentre el menor impuestas al progenitor son medidas que restringen la responsabilidad parental que constituye el ámbito material del Reglamento [art. 1.1 b)]⁶¹. Si se adopta una medida de seguridad que impide al progenitor aproximarse o comunicarse con el menor, estas deberían coordinarse necesariamente con las correspondientes medidas sobre los derechos de custodia. Esta calificación de las medidas de seguridad presenta la potencialidad de tender a uniformizar el régimen de competencia de la mayor parte de las medidas de protección del menor. Siempre que el menor resida habitualmente en la UE, el Reglamento Bruselas II ter resultará aplicable para determinar la competencia tanto para las medidas de seguridad como para las relativas a la custodia, y se facilita que el mismo tribunal pueda pronunciarse sobre todas ellas⁶².

15. La aplicación del Reglamento Bruselas II ter resulta controvertida cuando se trate de una medida de seguridad adoptada para proteger al menor de la pareja de la madre víctima de violencia de género que no es su progenitor⁶³. A priori se encontrará excluida, porque no se tratará de una medida relativa a “la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental” [art. 1.1 b)] y tampoco en las materias particulares contempladas en el art. 1.2 RBIIter⁶⁴. Ahora bien, tampoco se trata de una materia de las expresamente excluidas en el Reglamento (art. 1.4), ni existen indicios en la jurisprudencia del TJUE que lleven a descartar su aplicación automáticamente⁶⁵.

⁶¹ Cf. Dutta y Tertsch (2019: p. 6), Requejo Isidro (2015: p. 57).

⁶² Si el menor reside en un tercer Estado, en principio la competencia quedará determinada por el Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. La ley aplicable se determinará en ambas situaciones conforme al Convenio.

⁶³ Vid. Wróbel (2023: pp. 73-74).

⁶⁴ Vid. Dutta y Tertsch (2019: p. 6).

⁶⁵ Como indicios a favor de la inclusión de estas medidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, aunque no concluyentes, pueden mencionarse la inclusión de las reclamaciones de terceros que no ejercen la responsabilidad parental [derechos de visita de los abuelos, en la STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-335/17 - *Valcheva* (ECLI:EU:C:2018:359)] o que queden incluidas demandas que tienen por objeto *una resolución judicial concreta relativa a un menor, y no el conjunto de modalidades de ejercicio de la*

Si estas medidas se considerasen excluidas del ámbito material del Reglamento Bruselas II ter⁶⁶, cabría plantear la aplicación del Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. El Convenio podría aplicarse para determinar la competencia, pues al definir su ámbito material se contemplan las “medidas de protección” del menor, sin exigirse que estas afecten a la responsabilidad parental (art.1)⁶⁷.

III. 2. Reconocimiento

16. El Reglamento (UE) 606/2013 establece que no resulta aplicable a las medidas de protección que entren dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter⁶⁸. Generalmente la doctrina ha sostenido que tal previsión del Reglamento (UE) 606/2013 implica que las medidas de seguridad adoptadas para proteger al menor de su progenitor deben calificarse como civiles y reconocerse siempre a través del Reglamento Bruselas

responsabilidad parental [STJUE de 21 de octubre de 2015, asunto C-215/15 – *Gogova* (ECLI:EU:C:2015:710), ap. 32]. No obstante, en el asunto *Gogova* se asume implícitamente que el ámbito material del Reglamento queda restringido a la responsabilidad parental.

⁶⁶ Es posible que, en España, si se descarta la aplicación del Reglamento Bruselas II ter, estas medidas se califiquen como penales, quedando excluida la aplicación de los instrumentos de DIPr para determinar la competencia y para su reconocimiento en otro Estado UE.

⁶⁷ Si el Convenio resultase aplicable, la residencia habitual del menor en la UE o en un tercer Estado sería irrelevante, y el Convenio de la Haya de 1996 podría aplicarse para determinar la competencia en ambas situaciones.

⁶⁸ Según el art. 2.3 Reglamento (UE) 606/2013: *El presente Reglamento no se aplicará a las medidas de protección que entren dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003*. Igualmente, en el Considerando 11 se establece lo siguiente: *El presente Reglamento no debe interferir en la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental («Reglamento Bruselas II bis»)*. *Las decisiones adoptadas en el marco del Reglamento Bruselas II bis deben seguir siendo reconocidas y ejecutadas en virtud de dicho Reglamento*.

II ter⁶⁹, quedando excluida la aplicación del Reglamento (UE) 606/2013⁷⁰, así como una eventual relación de complementariedad entre ambos instrumentos⁷¹.

El régimen de reconocimiento de las medidas de protección del menor tiende a ser uniforme: el Reglamento Bruselas II ter resulta aplicable al reconocimiento tanto de las medidas de seguridad como de las propiamente relativas a la responsabilidad parental⁷². En consecuencia, las medidas de seguridad de la madre y del menor generalmente quedan sometidas a regímenes de reconocimiento diferentes: cuando se trate de medidas adoptadas en un Estado miembro de la UE, a las de la madre les resultará aplicable el Reglamento (UE) 606/2013, mientras que a las del menor les resultará aplicable el Reglamento Bruselas II ter. El reconocimiento de las medidas de protección del menor

⁶⁹ Hubiese sido deseable una mayor contundencia, estableciéndose con claridad en el texto del Reglamento si las medidas de seguridad de los menores deben calificarse como civiles y si les resulta aplicable únicamente el Reglamento Bruselas II ter. *Vid.* en este sentido Honorati (2022: pp. 143-145). De este modo, al determinar el alcance de la referencia al Reglamento Bruselas II, se arrojaría luz también sobre la calificación de las medidas de seguridad de la mujer casada con el agresor. Significativamente, se evitaría la certificación de las medidas de seguridad de los menores conforme al Reglamento (UE) 606/2013, que puede llevar a su desprotección. En este sentido, en el Prontuario del Consejo General del Poder Judicial puede leerse lo siguiente: *En España, en la actualidad, no hay órdenes de protección como las descritas en el Reglamento 606/2013 y por lo tanto no hay autoridades con competencia para la emisión de esta orden y sus certificados en los términos del art. 5 del reglamento. Las medidas previstas en el art. 158 CC lo son en materia de responsabilidad parental, por lo que deben ejecutarse conforme el Reglamento (CE) 2201/2003. Las medidas cautelares que en protección de la víctima puedan dictar los juzgados de instrucción en base a los arts. 13 y 544bis LECR, se dictan en procedimientos penales por actos delictivos, por lo que deben ser reconocidas y ejecutadas en los términos de la Directiva 2011/99/UE de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, conforme fundamentan ambas normas en sus exposiciones de motivos 9 y 10.* En la SAP Barcelona nº 102/2018 comentada previamente, la orden de protección había sido certificada en Reino Unido conforme al Reglamento (UE) 606/2013, pese a que contenía medidas de seguridad para proteger a la madre y al menor, hijo del agresor. Las medidas sobre el menor no deberían haber sido certificadas en Reino Unido conforme al Reglamento (UE) 606/2013, sino reconocidas en España a través del Reglamento Bruselas II bis, aplicable en aquella fecha. Véase en este sentido: Martín Mazuelos (2021: p. 17). Esta es una causa de revocación de la certificación que puede invocar el causante del riesgo, porque no se trataría de una medida incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 606/2013 [art. 9.1 b)].

⁷⁰ No obstante, se han invocado los distintos objetivos perseguidos por el Reglamento Bruselas II ter y por el Reglamento (UE) 606/2013 para sugerir que este último debería aplicarse al reconocimiento de las medidas de seguridad de los menores. Véase: Etxebarria Estankona (2019: pp. 116-117), Serrano Masip (2018: pp. 417-418), Rodríguez Lainz (2014: pp. 57-58).

⁷¹ Se ha sostenido que hubiese sido más conveniente admitir una aplicación complementaria de ambos instrumentos, de manera que se pudiese optar uno u otro. *Vid.* en este sentido Dutta (2015: p.153).

⁷² El régimen de reconocimiento de las medidas de seguridad conforme al Reglamento Bruselas II ter es similar al que se aplicaría de incluirse estas medidas en el Reglamento (UE) 606/2013, en la medida en que en ambos se excluye el exequátur y se requiere la emisión de un certificado en el Estado miembro de origen. No obstante, también existen diferencias entre ambos, de manera que en algunas situaciones la aplicación del Reglamento (UE) 606/2013 hubiera podido resultar más favorable. Los motivos de denegación de la ejecución del Reglamento Bruselas II ter (arts. 39 y 41) presentan un alcance mayor que los del Reglamento (UE) 606/2013. Así, conforme al Reglamento Bruselas II ter se denegará el reconocimiento de la medida de seguridad si el padre alega que la medida menoscaba el ejercicio de la responsabilidad parental y no fue escuchado. En cambio, aunque el Reglamento Bruselas II ter exige que el menor capaz de formarse su propio juicio haya sido escuchado, se permitirá el reconocimiento de la medida de seguridad dictada sin que haya sido escuchado teniendo en cuenta la urgencia del asunto.

no estará sometido a ningún límite temporal, lo que sí ocurrirá con las medidas de seguridad de la madre certificadas conforme al Reglamento (UE) 606/2013. A priori, el Reglamento (UE) 606/2013 sólo podrá aplicarse a las medidas de seguridad del menor que no se encuentren incluidas en el Reglamento Bruselas II ter, es decir, posiblemente, como se ha visto, cuando el agresor sea una pareja de la madre que no es el progenitor del menor⁷³.

IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL

IV. I. Medidas de protección de los menores sustraídos

17. En los casos en los que el menor haya sido sustraído del Estado miembro de residencia habitual por la madre víctima de violencia de género, se adaptan las soluciones previstas por las normas generales de competencia y de reconocimiento del Reglamento Bruselas II ter, sin que se produzca ninguna alteración en la calificación ni en los instrumentos aplicables respecto a las situaciones en las que deben adoptarse medidas de protección del menor en contextos de violencia de género ajenos a la sustracción⁷⁴.

Las medidas de protección adoptables para proteger al menor sustraído han de analizarse en función del momento y del Estado en el que se adopten: en el Estado de la residencia habitual, antes de la sustracción; posteriormente, en el Estado de sustracción, antes o después de que los tribunales de este Estado se pronuncien sobre el retorno; e, igualmente, pueden ser adoptadas en el Estado de la residencia habitual después de que la demanda de retorno haya sido planteada en el Estado de sustracción.

Han de destacarse las medidas de protección adoptadas con el objetivo de garantizar el retorno seguro del menor. Con la adopción de estas medidas, ya sea por las autoridades del Estado de la residencia habitual o por las del Estado de sustracción, puede quedar excluida la aplicación de la excepción al retorno por grave riesgo del art. 13.1 b) del

⁷³ En esta situación, las medidas de seguridad de la madre y del menor sí podrían quedar sometidas a un régimen de reconocimiento uniforme, ambas conforme al Reglamento (UE) 606/2013. Cabe plantear la aplicación alternativa del CH 1996 para el reconocimiento de las medidas de protección del menor, pero ha de tenerse en cuenta que la ejecución de las medidas requeriría exequátur. El Convenio resultará aplicable, en cualquier caso, para medidas dictadas en los Estados parte del Convenio no miembros de la UE.

⁷⁴ Como se ha visto, la aplicación del Reglamento (UE) 606/2013 debe considerarse descartada cuando se trate de medidas de protección del menor, incluso cuando se trate de las medidas de seguridad incluidas en este.

Convenio de la Haya de 1980⁷⁵. En las sustracciones entre Estados miembros, el Reglamento Bruselas II ter obliga a interpretar restrictivamente esta excepción, convirtiéndose la adopción de medidas de protección en uno u otro Estado (art. 27.3 y 27.5) en un aspecto clave, que determina la vuelta del menor al Estado miembro de la residencia habitual, aunque pueda haber sido víctima de la violencia ejercida por el padre que exige el retorno.

En la medida en que, en algunos casos, el Estado y el momento en el que se adopte la medida determina tanto el régimen de competencia como el de reconocimiento, ambas cuestiones deben analizarse conjuntamente.

18. El Reglamento Bruselas II ter deberá aplicarse para el reconocimiento en el Estado miembro de sustracción de todas las medidas adoptadas antes de la sustracción en el Estado miembro de la residencia habitual⁷⁶. El reconocimiento de estas medidas tendrá el objetivo de garantizar la seguridad y protección del menor en el Estado miembro al que ha sido trasladado. Al mismo tiempo, contribuirá a probar que el retorno al Estado de origen puede efectuarse en condiciones de seguridad para el menor.

19. Planteada la demanda de retorno, los tribunales del Estado de sustracción pueden dictar medidas provisionales del art. 15 RBII ter antes de pronunciarse sobre el retorno. Estas medidas tendrán el objetivo de proteger al menor en el Estado de sustracción en tanto se resuelva la demanda de retorno y no será posible su reconocimiento en el Estado de la residencia habitual⁷⁷.

Si los tribunales del Estado de sustracción ordenan el retorno, también serán competentes para dictar medidas de protección del menor. Estos tribunales pueden dictar medidas provisionales con el objetivo de proteger al menor en el Estado de la residencia habitual, al que va a retornar, reconocibles en ese Estado, con base en los arts. 27.5 y 15 RBII ter⁷⁸. Adicionalmente, pueden dictar medidas provisionales para proteger al menor

⁷⁵ Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

⁷⁶ La existencia de una sustracción quedará excluida si en el Estado de la residencia habitual se ha atribuido provisional o definitivamente la custodia a la madre víctima de violencia de género, cuando esta medida incluya la capacidad de la madre para decidir unilateralmente el Estado de la residencia habitual del menor.

⁷⁷ Una vez los tribunales del Estado de sustracción se hayan pronunciado sobre la demanda de retorno, si éste no procede, estos tribunales sólo podrán pronunciarse sobre las medidas definitivas cuando se cumplan las condiciones del art. 9 RBII ter.

⁷⁸ Según el Considerando 46 RBII ter, estas medidas podrán consistir, por ejemplo, en la decisión de que el menor siga residiendo con la persona que asume su cuidado efectivo o la determinación del modo en que deben tener lugar los contactos del padre con el menor tras la restitución. Fue una de las mejoras introducidas en el Reglamento Bruselas II ter, pues el Reglamento Bruselas II bis no contemplaba

en el Estado de sustracción mientras no se produzca el retorno con base en el art. 15 RBIIter, que carecerán de efectos extraterritoriales.

20. En tanto se resuelve la demanda de retorno en el Estado de sustracción, los tribunales del Estado de la residencia habitual, competentes para el fondo, pueden dictar medidas de protección del menor (art. 27.3 RBIIter). Estas medidas, sin necesidad de reconocimiento⁷⁹, podrán ser tenidas en cuenta para ordenar el retorno por los tribunales del Estado de sustracción⁸⁰.

IV. II. Medidas de protección de la madre sustractora

21. No existe ninguna norma que atienda a la protección de la madre sustractora víctima de violencia de género, de modo que, en principio, han de aplicarse las normas generales ya vistas, sin especialidades. No obstante, algunos sectores doctrinales proponen adaptaciones en la interpretación de las normas con el objetivo de dotar de cierta protección a la madre. Para analizar las medidas de protección de la madre sustractora ha de distinguirse también en función del momento y del Estado (de la residencia habitual o de sustracción) en el que éstas pretendan adoptarse o reconocerse.

22. Las medidas de protección adoptadas en Estado miembro de la residencia habitual antes de la sustracción podrán reconocerse en el Estado de sustracción según se ha visto.

expresamente la competencia del Estado de sustracción para adoptar tales medidas, ni la posibilidad de que las medidas provisionales que se adoptasen en ese Estado tuviesen efectos extraterritoriales en el Estado de la residencia habitual. En Reino Unido, algunos tribunales habían optado por adoptar tales medidas con base en el art. 11 del Convenio de la Haya de 1996, que no impide que las medidas provisionales tengan efectos extraterritoriales. La solución era criticable, pues se trataba de casos en los que los menores residían habitualmente en un Estado miembro, de modo que sólo cabía la aplicación del Reglamento Bruselas II bis. Otra solución había consistido en aplicar el Reglamento (UE) 606/2013. Para justificar la admisibilidad de tal solución cabría sostener que, aunque el Reglamento (UE) 606/2013 no podía aplicarse medidas de protección que entrasen dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter, se trataba de medidas no reconocibles con base en este último. Cf. Wilderspin (2022: 182-184).

⁷⁹ El reconocimiento no es necesario, pues las medidas van a ejecutarse en el Estado miembro cuyas autoridades las dictan. Sólo se exige que el padre demuestre al tribunal que se ha dispuesto lo necesario para garantizar la protección del menor tras el retorno, o que conste de otro modo. El tribunal del Estado de sustracción debe recabar información sobre las medidas dictadas en el Estado de la residencia habitual dirigiéndose en primer lugar a las partes y, si es necesario y adecuado, solicitar la asistencia de las autoridades centrales o, particularmente, a la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil o la Red Internacional de Jueces de La Haya.

⁸⁰ En el Considerando 45 RBIIter se citan como ejemplos de estas medidas una orden por la que se prohíba al demandante acercarse al menor o una medida provisional por la que se permita que el menor permanezca con la madre sustractora que asume su cuidado efectivo hasta que se decida sobre fondo de los derechos de custodia tras la restitución.

En particular, las medidas de seguridad de naturaleza civil podrán reconocerse a través del Reglamento (UE) 606/2013⁸¹.

Si la mujer solicitase la adopción de medidas de protección en el Estado de sustracción no resultaría aplicable el Reglamento Bruselas II ter. Si se trata de medidas de seguridad para obtener protección en el Estado de sustracción la competencia para adoptar tales medidas quedará determinada por el Reglamento Bruselas I bis, en caso de que tales medidas puedan considerarse incluidas en el ámbito material del Reglamento⁸². No obstante, justificar la competencia de los tribunales del Estado de sustracción con base en el art. 7.2 RBIIb puede resultar complejo, pues se requeriría, como mínimo, que la mujer se encuentre expuesta a la violencia en ese Estado, al que puede haber llegado, precisamente, huyendo del agresor y con el objetivo de estar a salvo⁸³.

Si la mujer pretende que en el Estado de la sustracción se adopten medidas reconocibles en el Estado de la residencia habitual para el caso de que se ordene el retorno del menor y esta le acompañe, la solución en cuanto a la competencia será la misma. El art. 27.5 RBIIter se refiere exclusivamente a medidas provisionales adoptables en el Estado de sustracción para proteger al menor tras el retorno en el Estado de la residencia habitual. Algunos autores, no obstante, sostienen que la redacción del art. 27.5 RBIIter es suficientemente amplia como para entender incluidas las medidas de protección de la madre sustractora⁸⁴, sobre la base de un argumento sencillo: protegiendo a la madre se estaría protegiendo al menor⁸⁵. Sin embargo, ha de asumirse que tal interpretación excede los límites admisibles por la literalidad del art. 27.5 RBIIter⁸⁶. En consecuencia, la

⁸¹ Si en el Estado de la residencia habitual las medidas de seguridad son calificadas como penales, para su reconocimiento en el Estado de sustracción deberá aplicarse la Directiva 2011/99/UE.

⁸² Como se ha visto, no es adecuada una calificación matrimonial de las medidas por el hecho de que los progenitores puedan estar casados. Incluso aunque se admitiese una calificación matrimonial de las medidas de protección adoptables respecto a la madre sustractora casada con el progenitor acusado de violencia de género, no cabría la posibilidad de dictar medidas provisionales con base en el Reglamento Bruselas II ter, pues el art. 15 se refiere solamente a medidas provisionales adoptables respecto a los menores. Cabe considerar que, calificada la medida provisional que se pretende adoptar como matrimonial conforme al Derecho interno, podrían aplicarse las normas de competencia internas para la adopción de medidas provisionales.

⁸³ Vid. Dutta y Tertsch (2019: pp. 14-17).

⁸⁴ Cf. Wilderspin (2022: p. 186).

⁸⁵ Cf. Trimmings (2022: pp. 162-164).

⁸⁶ Otros autores asumen que las medidas de protección de la madre sustractora se encuentran excluidas del art. 27.5 RBII ter, señalando este aspecto como uno de los fallos que presenta Bruselas II ter pese a las mejoras introducidas en el régimen de la sustracción internacional respecto al Reglamento Bruselas II bis: Honorati (2022: p. 160). En efecto, cabe sostener que existe una falta de coordinación entre el CH 1980 y el Reglamento Bruselas II ter. Según el art. 13.1 b) CH 1980 no debe ordenarse el retorno del menor si existe un grave riesgo de que la restitución *lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*. Se reconoce que el daño físico o

competencia para adoptar medidas de seguridad de la madre sustractora, cuando estas sean de naturaleza civil, quedará determinada por el Reglamento Bruselas I bis o, en su caso, por la norma de competencia interna. En caso de que los tribunales de este Estado puedan declararse competentes para dictar tales medidas y su adopción se encuentre justificada, el Reglamento (UE) 606/2013 podrá aplicarse para reconocer tales medidas en el Estado de la residencia habitual tras el retorno⁸⁷. Aunque la madre sustractora podrá solicitar la adopción de medidas de seguridad en el Estado de la residencia habitual tras el retorno, cuyos tribunales serán competentes, las situaciones problemáticas son aquellas en las que la mujer no puede acceder a una protección adecuada en este Estado. Por ello, el Reglamento (UE) 606/2013 puede adquirir relevancia en estas situaciones. En este sentido, han de recordarse los limitados motivos de oposición al reconocimiento de este Reglamento y, particularmente, que este no puede excluirse por el hecho de que no hubiese sido posible dictar la misma medida de protección en el Estado de la residencia habitual con base en los mismos hechos. Así, es posible que el reconocimiento de las medidas dictadas en el Estado de sustracción con base en el Reglamento (UE) 606/2013 permita a la mujer disfrutar de unos niveles de protección a los que no podría acceder de otro modo en el Estado de la residencia habitual⁸⁸.

V. CONCLUSIONES

- Las dificultades que se suscitan en la calificación de las medidas y en la identificación de los instrumentos aplicables para su adopción y, significativamente, para dotarlas de efectos transfronterizos, pueden redundar en la desprotección tanto de las mujeres, como de los menores, víctimas de violencia de género. El régimen de competencia y reconocimiento de las medidas de seguridad de la mujer víctima de violencia de género es incierto por las dificultades que suscita la calificación de estas

psíquico a la madre, en circunstancias excepcionales, puede crear un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a una situación intolerable. Se admite, igualmente, que el art. 13.1 b) no requiere que el niño sea la víctima directa del daño físico si existe prueba suficiente de que existe un grave riesgo para el niño como consecuencia del daño dirigido a la madre [*vid.* Guía de buenas prácticas de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la interpretación del art. 13.1.b), p. 26]. El Reglamento Bruselas II ter permite que el retorno se ordene pese a darse estas circunstancias, siempre que se adopten las medidas oportunas con base en los arts. 27.3 o 27.5. Por ello, cuando la situación de riesgo en la que se encuentre el menor venga determinada por la violencia de género padecida por la madre, en estas medidas deberían quedar incluidas las dirigidas a proteger a la madre sustractora. *Vid.* en este sentido von Hein (2022: 86-88).

⁸⁷ *Vid.* Kruger (2023: p. 287).

⁸⁸ *Vid.* Wilderspin (2022: p. 186).

medidas. En algunos Estados, como España, parece quedar excluida la calificación civil de estas medidas. En otros Estados, la competencia para dictar medidas de seguridad podría fundamentarse en el Reglamento Bruselas I bis cuando estas sean de naturaleza civil conforme al Derecho interno, pero además deben superar una calificación autónoma de su encaje en el concepto “materia civil y mercantil” del Reglamento, que no cabe asumir directamente. Hasta el momento no existen elementos concluyentes que permitan justificar tal amplitud del ámbito material de Bruselas I bis y, en cualquier caso, se requerirá un análisis de los caracteres de la medida particular y del proceso en el que esta pretende adoptarse.

- En cuanto al reconocimiento de las medidas de seguridad de la mujer víctima de violencia de género, siempre que estas puedan calificarse como civiles deberán reconocerse conforme al Reglamento (UE) 606/2013. Cuando la medida tenga una duración superior a un año podrá aplicarse el Reglamento Bruselas I bis, pero se requiere, igualmente, un encaje de la medida en ámbito material de este Reglamento.

- En cuanto a las medidas de protección de los hijos, el régimen de competencia y reconocimiento tiende a ser uniforme. En España, las medidas de seguridad de la mujer víctima de violencia de género son consideradas de naturaleza penal, mientras que las mismas medidas de seguridad, cuando se adoptan sobre los menores, son de naturaleza civil y quedan incluidas en el ámbito material de Bruselas II ter. Tanto la competencia como el reconocimiento de las medidas de seguridad y sobre la custodia se rigen por el Reglamento Bruselas II ter con carácter general, siempre que el causante del riesgo sea el progenitor. Sólo las medidas en materia alimenticia tendrán un régimen diferenciado.

- Cuando en un mismo proceso se pretendan adoptar medidas de protección sobre la madre víctima de violencia de género y el menor que comprendan medidas civiles de seguridad, sobre la custodia y en materia alimenticia, el tribunal deberá justificar su competencia sobre la base de distintos instrumentos. Para su adopción resultarán aplicables el Reglamento Bruselas I bis (o la norma de competencia interna), el Reglamento Bruselas II ter y el Reglamento (UE) 4/2009. Para el reconocimiento de la resolución resultante en otros Estados miembros resultarán aplicables el Reglamento (UE) 606/2013, el Reglamento Bruselas II ter y el Reglamento (UE) 4/2009.

- En casos de sustracción internacional, un régimen de competencia y reconocimiento paralelo entre las medidas de protección del menor y de la madre se

encuentra descartado. El régimen de competencia y reconocimiento de las medidas de protección del menor se rige exclusivamente por el Reglamento Bruselas II ter, con normas especiales que tienden a garantizar su retorno seguro. El régimen de competencia de las medidas de protección de la madre no presenta especialidades, sino los mismos problemas de calificación que en otros contextos: el instrumento aplicable dependerá de una eventual calificación como materia perteneciente a Bruselas I bis. En cuanto al reconocimiento, el Reglamento (UE) 606/2013 puede resultar especialmente valioso en estas situaciones, al garantizar la efectividad de las medidas de seguridad que hayan podido dictarse en el Estado de sustracción tras el retorno al Estado de la residencia habitual.

Bibliografía

- AA, S. VAN DER (2012): “Protection Orders in the European Member States: Where Do We Stand and Where Do We Go from Here?”, *Eur J Crim Policy Res*, vol. 18, nº 2 (pp. 183-204).
- AA, S. VAN DER *et al.* (2015): *Mapping the legislation and assessing the impact of protection orders in the European Member States*, WLP, Países Bajos.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (2025): “Últimos pasos en la Unión Europea para la protección de los derechos de las víctimas: la Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica”, *REE*, nº 85 (pp. 1-44).
- BOGDAN, M. (2014/2015): “Some Reflections on the Scope of Application of the EU Regulation No 606/2013 on Mutual Recognition of Protection Measures in Civil Matters”, *YPIL*, vol. 16 (pp 405-410).
- BORGES BLÁZQUEZ, R. (2023): “La ¿creación? del delito de violencia de género en la Unión Europea y su posible incidencia en la Directiva 2011/99/UE sobre la orden de protección europea”, *RGDE*, núm. 59.
- CEBRIÁN SALVAT, M.A. (2018): “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 10, nº 1 (pp. 127-143).
- COMISIÓN EUROPEA (2022), *Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Regulation (EU) n° 606/2013 of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 on Mutual Recognition of Protection Measures in Civil Matters* (COM/2022/127 final), Bruselas.
- CORDERO ÁLVAREZ, C.I. (2025): “Efectos patrimoniales de las uniones familiares y cuestiones vinculadas desde una perspectiva del Derecho internacional privado europeo y español: la atribución del uso del domicilio familiar tras la disolución”, *CDT*, vol. 17, nº 1 (pp. 329-352).

- CORTADA CORTIJO, N. (2016): “Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I). Aspectos civiles de la protección de menores expuestos a violencia de género. La reforma de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en A.M. Romero Burillo (dir.), *La protección de la víctima de violencia de género: Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Aranzadi, Cizur Menor (pp. 363-378).
- DUTTA, A. (2015): “Medidas de protección transfronterizas en la Unión Europea”, *AEDIPr*, nº 14-15 (pp. 141-157).
- DUTTA, A., TERTSCH, T. (2019): “Protection of Abducting Mothers in Return Proceedings: Intersection between Domestic Violence and Parental Child Abduction”, *German National Report*, Ludwig Maximilian University of Munich.
- ETXEBARRIA ESTANKONA, K. (2018): “El Reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil: algunas cuestiones sobre su aplicación”, en K. ETXEBARRIA ESTANKONA, I. ORDEÑANA GEZURAGA y G. OTAZUA ZABALA (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 385-407).
- ETXEBARRIA ESTANKONA, K. (2019): “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. ¿España como estado expedidor de certificados?”, en E. Martínez García (dir.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 107-136).
- GÖTZEN, E. DE (2014): “Protection Orders across Europe: First Remarks on Regulation No. 606/2013”, en K. Boele-Woelki, N. Dethloff y W. Gephart (eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Reino Unido (pp. 277-290).
- HEIN, J. VON (2022): “The Law Applicable to Cross-border Protective Measures in and Outside of Return Proceedings: Do All Roads Lead to the Lex Fori?”, en K. Trimmings et al. (eds.), *Domestic Violence and Parental Child Abduction: The Protection of Abducting Mothers in Return Proceedings*, Intersentia, Reino Unido (pp. 83-106).
- HESS, B. (2011): *Feasibility Study: The European Protection Order and the European Law of Civil Procedure*, Comisión Europea, Bruselas.
- HONORATI, C. (2022): “Jurisdiction to Take Protective Measures in the State of Refuge in Child Abduction Cases”, en K. Trimmings et al. (eds.), *Domestic Violence and Parental Child Abduction: The Protection of Abducting Mothers in Return Proceedings*, Intersentia, Reino Unido (pp. 139-160).
- JIMÉNEZ BLANCO, P. (2021): *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) Nº 2016/1103*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- KRUGER, T. (2023): “Article 27”, en C. González Beilfuss et al. (eds.), *Jurisdiction, Recognition and Enforcement in Matrimonial and Parental Responsibility*

- Matters: A Commentary on Regulation 2019/1111 (Brussels IIb)*, Edward Elgar, Reino Unido/Estados Unidos, (pp. 276-288).
- MARTÍN MAZUELOS, F.J. (2021): “La posible (o imposible) competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para ejecutar resoluciones civiles sobre medidas dictadas en otro Estado”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 13.
- MARTÍN MAZUELOS, F.J. (2025): “La LO 1/2025 y la competencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer para ejecutar resoluciones extranjeras en materia civil”, *Diario La Ley*, nº 10653.
- OLIVERAS JANÉ, N. (2019): “La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 9334.
- PERTEGÁS SENDER, M. y MARIOTTINI, C.M. (2017): “Article 20”, U. Magnus y P. Mankowski (dirs.), *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, Sellier European Law Publishers, Köln (pp. 269-281).
- PEYRÓ LLOPIS, A. (2013): “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *REDE*, nº 46 (pp. 9-28).
- PRETELLI, I. (2023): “Article 15: Provisional, including protective, measures in urgent cases”, en C. GONZÁLEZ BEILFUSS *et al.* (eds.), *Jurisdiction, Recognition and Enforcement in Matrimonial and Parental Responsibility Matters: A Commentary on Regulation 2019/1111 (Brussels IIb)*, Edward Elgar, Reino Unido/Estados Unidos (pp. 165-178).
- REQUEJO ISIDRO, M. (2015): “El Reglamento (UE) nº 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *International Journal of Procedural Law*, vol. 5, nº 1 (pp. 51-70).
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. (2014): “Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, nº 62 (pp. 25-62).
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S. (2019): “La aplicación práctica en España del Reglamento 606/2013 de 12 de junio relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, en R. Borges Blázquez, E. Simó Soler; E. Martínez García (dirs.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 137-144).
- RODRÍGUEZ PINEAU, E. (2016): “The Law Applicable to Intra-Family Torts”, *JPIL*, vol.8, nº 1 (pp. 113- 134).
- RUIZ SUTIL, C. (2020): “La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea”, *La Ley UE*, nº 83.

- SERRANO MASIP, M. (2018): “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”, en K. Etxebarria Estankona, I. Ordeñana Gezuraga y G. Otazua Zabala (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 409-428).
- STEIBLE, B. (2015): “Más allá de las medidas de protección de la Directiva 2011/99/UE”, en T. FREIXES y L. ROMÁN (dirs.), *La orden europea de protección: su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, Madrid (pp. 141-156).
- Torres Rosell, N. (2015): “Sobre las medidas de protección previstas en la Directiva”, en T. FREIXES, L. ROMÁN (dirs.), *La orden europea de protección: su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, Madrid (pp. 80-97).
- TRIMMINGS, K. (2022): “The Cross-border Circulation of Civil Protective Measures Issued in the Context of Return Proceedings” en K. Trimmings et al. (eds.), *Domestic Violence and Parental Child Abduction: The Protection of Abducting Mothers in Return Proceedings*, Intersentia, Reino Unido (pp. 161-176).
- WILDERSPIN, M. (2022): “The Potential Role of Regulation 606/2013 in Protecting the Abducting Parent in Return Proceedings”, en K. TRIMMINGS *et al.* (eds.), *Domestic Violence and Parental Child Abduction: The Protection of Abducting Mothers in Return Proceedings*, Intersentia, Reino Unido (pp. 83-106).
- WILDERSPIN, M. (2014): “Règlement (UE) n° 606/2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile”, *Annuaire de droit de l’Union européenne* (pp. 520-525).
- WRÓBEL, A. (2023): “Recognition of Protective Measures in Civil Matters in the European Union: The Case of Poland and Sweden”, *Forum Prawnicze*, vol. 6, n° 80 (pp. 68-80).

EL MERCADO DE SERVICIOS DE PAGO: NUEVOS SERVICIOS Y NUEVOS OPERADORES

The payment services market: new services and new operators

FRANCISCO PÉREZ DEL AMO
fpered@unileon.es
Profesor Ayudante de Derecho civil
Universidad de León

Cómo citar / Citation

Pérez del Amo, F. (2025).

El mercado de servicios de pago: nuevos servicios y nuevos operadores.

Cuadernos de Derecho Privado, 12, pp. 113-156

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.82>

(Recepción: 29/07/2025; aceptación: 03/09/2025; publicación: 03/09/2025)

Resumen

El presente artículo examina la evolución normativa del mercado de servicios de pago, partiendo del marco establecido por la Directiva (UE) 2015/2366 y su transposición a través del Real Decreto-ley 19/2018, hasta llegar a las actuales propuestas de reforma. El análisis aborda los principios rectores que estructuran el sistema, las tensiones en su ámbito de aplicación ante la creciente innovación y la reconfiguración del sector a partir de los TPP. Se profundiza en el régimen de acceso a cuentas de estos nuevos actores como pilar del *Open Banking*. Finalmente, se estudia la construcción de la categoría de sujeto protegido, destacando la extensión de la tutela desde el consumidor hasta la microempresa.

Palabras clave

Servicios de pago; PSD2; PSD3; Reglamento de servicios de pago; Open Banking; responsabilidad del proveedor; protección del consumidor financiero; transparencia; proporcionalidad; neutralidad tecnológica; pago electrónico; TPP.

Abstract

This article examines the regulatory evolution of the payment services market, beginning with the framework established by Directive (EU) 2015/2366 and its transposition through Royal Decree-Law 19/2018, and culminating in the current reform proposals. The analysis explores the guiding principles structuring the system, the tensions arising in its scope of application in light of growing innovation, and the reconfiguration of the sector through TPP. Particular attention is paid to the account access regime applicable to these new actors, conceived as a cornerstone of Open Banking. Lastly, the article addresses the construction of the category of the protected party, highlighting the extension of legal safeguards from consumers to microenterprises.

Keywords

Payment Services; PSD2; PSD3; Payment Services Regulation; Open Banking; Provider Liability; Financial Consumer Protection; Transparency; Proportionality; Technological Neutrality; Electronic Payment; TPP.

SUMARIO:

I. CONTEXTO NORMATIVO-INSTITUCIONAL: I.1. El principio de proporcionalidad como criterio de ordenación del mercado. I.2. La transparencia como condición de posibilidad del consentimiento informado en el entorno de la banca abierta. I.3. El principio de neutralidad tecnológica y sus tensiones con la seguridad jurídica y la efectividad de la supervisión. II. EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN DE SERVICIOS DE PAGO: II.1. Planteamiento de la cuestión. II.2. El perímetro negativo de la norma: un sistema de exclusiones en permanente tensión evolutiva. II.2.1. La intermediación comercial y el desafío de las plataformas digitales. II.2.2. La red limitada: entre la proporcionalidad regulatoria y el riesgo de elusión. II.2.3. Nuevos modelos de negocio. II.2.4. La irrupción de los criptoactivos. II.2.5. Los ART y su interacción con la normativa de servicios de pago. II.2.6. Los EMT y su interacción con la normativa de servicios de pago. II.3. El ámbito subjetivo. III. LA RECONFIGURACIÓN DEL ECOSISTEMA DE PAGOS: la emergencia de los TPP. III.1. La triangulación telemática en las operaciones de pago. III.2. El servicio de iniciación de pagos: naturaleza jurídica y régimen de responsabilidad. III.2.1. La naturaleza instrumental del proveedor y la obligación de acceso a la cuenta. III.2.2. El régimen de acceso a cuenta y sus mecanismos de responsabilidad. III.2.3. La modulación de los requisitos prudenciales como corolario del régimen de responsabilidad. III.3. El servicio de información sobre cuentas: la regulación del acceso al dato como valor autónomo. III.3.1. Fundamento de la regulación y estatuto jurídico. III.3.2. Deficiencias de la transposición y retos sistemáticos. III.4. La propuesta de reforma y los nuevos modelos híbridos. IV. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA DEL SUJETO PROTEGIDO: DEL CONSUMIDOR A LA MICROEMPRESA: IV.1. Modelo de tutela diferenciada por el perfil de usuario. IV.2. El consumidor como arquetipo. IV.3. La extensión del perímetro tuitivo a la microempresa: la figura del «tercer contrato» en el Derecho de pagos. V. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. CONTEXTO NORMATIVO-INSTITUCIONAL

La ordenación jurídica de los servicios de pago constituye un testimonio ilustrativo de la tensión dialéctica que define la regulación financiera contemporánea entre la promoción de un mercado abierto, innovador y competitivo y la imperiosa necesidad de preservar la integridad del sistema para dispensar una tutela eficaz al usuario. La irrupción de la tecnología digital ha actuado como catalizador de esta tensión, desdibujando los perímetros tradicionales de la intermediación financiera e imponiendo al legislador un profundo replanteamiento de las categorías y los instrumentos

normativos¹. Frente a este desafío, la intervención del legislador europeo, lejos de constituir una mera reacción ante hechos consumados, se ha revelado como una acción deliberada y eminentemente proactiva, orientada a gobernar la transformación del sector². Dicha intervención, articulada en la Directiva (UE) 2015/2366³ (en adelante, PSD2) y posteriormente acogida en nuestro ordenamiento interno principalmente por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre⁴ (en adelante, RDLSP), trasciende la mera formulación de un cuerpo de reglas prescriptivas. En su lugar, erige su arquitectura sobre un conjunto de principios rectores —singularmente, los de proporcionalidad, transparencia y neutralidad tecnológica— que no operan como meros criterios interpretativos, sino como verdaderas claves de bóveda del sistema, orientando la interpretación de la norma y la ponderación de los intereses en conflicto.

I.1. El principio de proporcionalidad como criterio de ordenación del mercado

El principio de proporcionalidad trasciende en este ámbito su función tradicional de límite al ejercicio del poder normativo para convertirse en un instrumento activo de diseño del mercado. Su designio es la consecución de un terreno de juego equilibrado (*level playing field*), donde los operadores tradicionales, fundamentalmente las entidades de crédito, y los nuevos proveedores de servicios puedan competir en condiciones equitativas⁵.

La materialización más evidente de este postulado se encuentra en el régimen de regulación asimétrica que el legislador diseña, modulando la intensidad de las exigencias prudenciales en función de la naturaleza y el riesgo inherente a la actividad de cada operador. El RDLSP, en línea con lo dispuesto por el legislador europeo, parte de la premisa de que los riesgos asociados a la actividad de las entidades de pago son de naturaleza y alcance más limitados que los que afronta la banca tradicional. Esta premisa se traduce, por ejemplo, en la prohibición impuesta a las entidades de pago de captar

¹ Buckley et al. (2023: 9).

² Polasik et al. (2024: 60).

³ Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, y se deroga la Directiva 2007/64/CE (DOUE n.º 337, de 23 de diciembre de 2015).

⁴ Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (BOE n.º 284, de 24 de noviembre de 2018).

⁵ Bueso Guillén (2021: 223).

depósitos u otros fondos reembolsables del público (art. 10 del RDLSP; art. 18 de la PSD2), una salvaguarda esencial que busca neutralizar el riesgo de transformación de plazos y la consiguiente exposición a crisis de liquidez. En coherencia con esta limitación funcional, los requisitos de capital inicial y de fondos propios se establecen en umbrales significativamente inferiores a los exigidos a las entidades de crédito⁶. Se aplica así el aforismo *same business, same risks, same rules*, pero interpretado a través del prisma de la especificidad del modelo de negocio, reconociendo que no todas las actividades de intermediación financiera generan el mismo grado de riesgo sistémico⁷.

No obstante, la idoneidad de este enfoque para lograr un equilibrio competitivo real ha sido objeto de controversia. Se ha señalado que, aun siendo formalmente proporcionales, las cargas regulatorias y de cumplimiento pueden constituir una barrera de entrada materialmente insalvable para las empresas emergentes en el sector de matriz tecnológica, las conocidas como *Fintech*. Se corre así el riesgo de incurrir en una paradoja: que una regulación concebida para dismantelar oligopolios y fomentar la competencia acabe, en la práctica, por favorecer la consolidación del mercado en manos de grandes conglomerados tecnológicos (*BigTech*) dotados de la capacidad financiera y estructural necesaria para absorber dichos costes⁸.

De otra parte, la constatación de que un marco normativo estático, por muy afinado que sea su diseño, difícilmente puede acompañarse a la celeridad de la innovación ha impulsado el desarrollo de instrumentos de carácter más dinámico⁹. Un ejemplo paradigmático en el ordenamiento español es el espacio controlado de pruebas introducido por la Ley 7/2020¹⁰, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero. Este *sandbox* regulatorio encarna una concepción evolucionada y pragmática de la proporcionalidad, donde la norma se adapta no ya a la categoría abstracta del proveedor, sino al proyecto innovador concreto, permitiendo una evaluación empírica de sus riesgos y beneficios bajo la supervisión directa de las autoridades. Se transita así de un modelo de regulación *ex ante* a uno de supervisión *ex itinere*, que fomenta un diálogo constructivo entre el innovador y el regulador¹¹.

⁶ Martí Miravalls (2018: 4).

⁷ Considerando 34 de la PSD2.

⁸ Para un análisis de esta evolución sectorial, vid. Polasik et al. (2024: 75).

⁹ Vid. Paracampo (2022: 208).

¹⁰ Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero (BOE n.º 300, de 14 de noviembre de 2020).

¹¹ Zetzsche et al. (2017: 64).

En esta misma lógica se inscribe el recurso a instrumentos de *soft law*, como las directrices y recomendaciones de la Autoridad Bancaria Europea (EBA), que, si bien carecen de fuerza vinculante directa, desempeñan un papel crucial en la armonización de las prácticas supervisoras y en la dotación de contenido a conceptos jurídicos indeterminados. Representan una manifestación de un modelo de gobernanza más colaborativo, que busca guiar al mercado en lugar de constreñirlo. La futura revisión del marco normativo, articulada en torno a las propuestas de la PSD3¹² y RSP¹³, parece ahondar en esta senda, buscando corregir los costes derivados de la fragmentación en la aplicación de la PSD2 mediante una mayor armonización, que llegará al punto de regular mediante un reglamento de aplicación directa aspectos operativos clave para garantizar, precisamente, ese anhelado *level playing field* más uniforme.

I.2. La transparencia como condición de posibilidad del consentimiento informado en el entorno de la banca abierta

Si la proporcionalidad es la herramienta para esculpir la estructura del mercado, la transparencia es el cimiento sobre el que se edifica la confianza del usuario, un elemento indispensable en un ecosistema —el de la banca abierta u *Open Banking*— cuyo funcionamiento pivota sobre el consentimiento del cliente para que terceros accedan y traten sus datos financieros. El Título II del RDLSP eleva la transparencia a la categoría de principio cardinal¹⁴, dotándola de una densidad que excede la mera obligación formal de información.

En un primer nivel, hallamos la transparencia en sentido estricto, que se corresponde con el clásico deber de información precontractual y postcontractual, minuciosamente regulado en los artículos 28 y siguientes del RDLSP. Su finalidad es asegurar que el usuario disponga, de forma clara y comprensible, de toda la información relevante sobre las condiciones y costes del servicio antes de quedar vinculado. Sin embargo, la singularidad del nuevo entorno exige un segundo nivel de mayor calado: una

¹² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago y servicios de dinero electrónico en el mercado interior por la que se modifica la Directiva 98/26/CE y se derogan las Directivas 2015/2366/UE y 2009/110/CE (2023/0209/COD).

¹³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1093/2010 (2023/0210/COD).

¹⁴ Asimismo, el Considerando 6 de la PSD2 declara como objetivo reforzar la claridad y seguridad jurídica del sistema de pagos.

transparencia en sentido amplio que se traduce en un deber de inteligibilidad¹⁵. El objetivo no es ya que el usuario reciba datos, sino que comprenda genuinamente el flujo de información que se desencadena con su aquiescencia; especialmente, al recurrir a los servicios de iniciación de pagos (PISP) o de información sobre cuentas (AISP). La validez jurídica del consentimiento, piedra angular de todo el sistema, depende de que este sea verdaderamente informado, lo cual presupone una comprensión real por parte del usuario del alcance de su autorización: qué datos se ceden, con qué finalidad, durante cuánto tiempo y con qué garantías. Sin esta inteligibilidad material, el consentimiento devendría una ficción carente de sustancia.

I.3. El principio de neutralidad tecnológica y sus tensiones con la seguridad jurídica y la efectividad de la supervisión

El tercer pilar del sistema es el principio de neutralidad tecnológica, según el cual la regulación debe ser indiferente respecto a la tecnología empleada para alcanzar un fin, definiendo requisitos funcionales en lugar de prescribir soluciones técnicas específicas¹⁶. El legislador no debe favorecer una determinada tecnología, sino establecer los resultados que han de lograrse, dejando a los operadores la libertad de elegir los medios más eficientes¹⁷.

El ejemplo más paradigmático de su aplicación se encuentra en la regulación de la autenticación reforzada de cliente (SCA). El artículo 68 del RDLSP (art. 97 de la PSD2) exige que la autenticación se base en la utilización de dos o más elementos independientes de las categorías de conocimiento, posesión e inherencia. La norma, sin embargo, guarda un deliberado silencio sobre si dichos elementos han de ser una contraseña, un dispositivo móvil, una huella dactilar o un patrón de comportamiento biométrico, correspondiendo al proveedor la elección de la solución técnica, siempre que esta satisfaga los estándares de seguridad detallados en las normas técnicas de regulación delegada.

De otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desempeñado un papel decisivo en la delimitación del alcance de este principio, primando

¹⁵ Rabbiti y Sciarrone Alibrandi (2019: 716).

¹⁶ Considerando 21 de la PSD2.

¹⁷ Lo Conte (2023: 226) argumenta que, derivado de este principio, en un mercado marcado por un cierto grado de competencia, los reguladores deben evitar dar preferencia a ciertas tecnologías y abstenerse de identificar a los denominados “*pick winners*”.

sistemáticamente un criterio funcional. En la STJUE de 25 de marzo de 2020, asunto *DenizBank AG*¹⁸, el Tribunal de Luxemburgo analizó si la función de pago sin contacto (NFC) incorporada a una tarjeta bancaria ya existente puede considerarse un instrumento de pago independiente a efectos de la PSD2. Con fundamento en el artículo 4.14, que define el instrumento de pago, y en el artículo 63.1 b), relativo a las exenciones en materia de autenticación, el Tribunal concluyó que la funcionalidad NFC, al permitir operaciones anónimas de pequeño importe sin verificación del usuario, presenta autonomía funcional suficiente para ser tratada como un instrumento de pago distinto y autónomo¹⁹. Esta interpretación se alinea, por tanto, con el principio de neutralidad tecnológica, que exige no limitar el desarrollo de nuevos servicios de pago ni condicionar su admisibilidad al tipo de soporte o tecnología empleada.

Asimismo, en la STJUE de 22 de febrero de 2024, en el asunto *ABC Projektai*²⁰, este tribunal reiteró un enfoque funcional para diferenciar entre la prestación de un «servicio de pago» y la «emisión de dinero electrónico». El TJUE sostuvo que la calificación jurídica de la operativa no depende de la arquitectura técnica utilizada, sino de la finalidad económica y jurídica atribuida a los fondos recibidos por la entidad. En este sentido, concluyó que la mera recepción de fondos por parte de una entidad de pago, aun sin orden de pago inmediata, constituye un servicio de pago conforme al artículo 4.3 de la PSD2, siempre que dichos fondos estén destinados a operaciones de pago futuras. Esta situación se distingue de la emisión de dinero electrónico definida en el artículo 2.2 de la Directiva 2009/110/CE²¹, ya que la simple custodia de fondos en una cuenta de pago no implica su transformación en un valor monetario electrónico aceptado por terceros. En consecuencia, la actividad analizada debe enmarcarse en el régimen de la PSD2, manteniendo la separación conceptual entre cuentas de pago y dinero electrónico.

Si bien se ha apuntado que la distinción entre entidades de dinero electrónico y entidades de pago resulta, en la práctica, una cuestión más teórica: ambas operan con procesos de *back-end* e idénticas salvaguardas de fondos en cuentas segregadas, lo que

¹⁸ STJUE (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2020, *DenizBank AG contra Verein für Konsumenteninformation*, asunto C-287/19 (ECLI:EU:C:2020:897). F.D. 74-79.

¹⁹ Della Negra (2023: 77).

²⁰ STJUE (Sala Quinta) de 22 de febrero de 2024, *ABC Projektai*, asunto C-119/22 (ECLI:EU:C:2024:148). FD. 46-52.

²¹ Directiva 2009/110/CE del Parlamento y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE.

cuestiona su utilidad funcional²². No sorprende, por ello, que la propuesta de PSD3 propugne refundir las antiguas entidades de moneda electrónica en la categoría general de entidades de pago, siguiendo la línea de convergencia impulsada por la EBA.

Más recientemente, en la STJUE de 11 de julio de 2024, asunto *UA contra Eurobank Bulgaria*, el Tribunal de Luxemburgo analiza si un poder notarial, incluso apostillado conforme al Convenio de La Haya de 1961²³, puede considerarse, por sí solo, un «instrumento de pago» en el sentido del artículo 4.23 de la Directiva 2007/64/CE²⁴. Rechazando una visión puramente formal, el TJUE adopta un enfoque funcional, según el cual dicha calificación solo procede cuando se trata de un mecanismo o conjunto de procedimientos previamente acordados entre el proveedor y el usuario, que permitan iniciar órdenes de pago con las debidas garantías de personalización y autenticación. Por ello, el poder notarial, de conformidad con el criterio del Tribunal, en tanto instrumento externo al sistema del proveedor, no constituye en sí mismo un instrumento de pago, aunque puede integrarse en uno si se acredita su incorporación efectiva al marco contractual y técnico pactado, con verificación de identidad y control del consentimiento²⁵.

El principio de neutralidad tecnológica, concebido para preservar la flexibilidad regulatoria, ha generado sin embargo áreas de nebulosa. La irrupción de dispositivos NFC mostró cómo una innovación puede exigir licencias adicionales y tensionar la seguridad jurídica; el desafío se intensifica con la creciente adopción de inteligencia artificial, que ya se emplea tanto en la evaluación de riesgo crediticio como en sistemas de autenticación biométrica (conductual, vocal o facial). Asimismo, la exigencia de neutralidad tecnológica formulada por la EBA ha planteado dudas respecto a nociones como el «cambio importante de infraestructura» o el «marco de gestión de riesgos», cuya interpretación varía según el modelo de negocio y la complejidad del proveedor. Por ello, la EBA ha evitado definirlos de forma rígida, preservando así la neutralidad empresarial y tecnológica²⁶.

²² Fernández y Bercedo (2024).

²³ Instrumento de ratificación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros (BOE n.º 229, de 25 de septiembre de 1978).

²⁴ Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE.

²⁵ STJUE (Sala Quinta) de 11 de julio de 2024, *UA contra Eurobank Bulgaria AD*, asunto C-409/22 (ECLI:EU:C:2024:600). F.D. 44.

²⁶ EBA (2019: 6).

Un sector doctrinal postula que, en fases tempranas de desarrollo tecnológico, la intervención normativa debe ser comedida. Mientras no se alcance una adopción masiva, ni se evidencien riesgos significativos, resulta preferible limitarse a controlar los efectos prácticos antes que imponer soluciones técnicas predeterminadas, preservando así un entorno propicio para la innovación²⁷. La política de APIs de la PSD2 ilustra este enfoque: garantiza la interacción segura entre el proveedor del servicio de pago gestor de cuenta (en adelante, ASPSP) y el tercer proveedor de servicios de pago (en terminología anglosajona, TPP) sin privilegiar un estándar concreto²⁸. Ahora bien, la neutralidad absoluta es discutible; toda decisión normativa influye, de hecho, en la dirección tecnológica del mercado²⁹. Reconocerlo permitiría al regulador, cuando sea necesario, optar por estándares que optimicen eficiencia y protección del usuario sobre la base de criterios técnico-económicos objetivos.

II. EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN DE SERVICIOS DE PAGO

II.1 Planteamiento de la cuestión

El ámbito de aplicación del RDLSP se define, en primer lugar, desde una perspectiva positiva, mediante el elenco de actividades que el artículo 1.2 del RDLSP califica como «servicios de pago». Dicho catálogo abarca un espectro amplio y heterogéneo de operaciones que van desde la operativa más tradicional indisolublemente ligada a la gestión de una «cuenta de pago» —como son los servicios que permiten el ingreso y la retirada de efectivo o la ejecución de transferencias, adeudos domiciliados y pagos con tarjeta— hasta figuras específicas como la emisión de instrumentos de pago o el servicio de envío de dinero. De forma señalada, y como una de las principales innovaciones de la norma, se incluyen expresamente los nuevos servicios surgidos del paradigma de la banca abierta (*Open Banking*): los servicios de iniciación de pagos y los de información sobre cuentas. Esta vocación omnicomprensiva, que busca capturar la sustancia económica de cualquier transferencia de fondos con independencia del soporte, se ve, sin embargo, contrapesada por un sistema de exclusiones que modula la intensidad

²⁷ Buckley et al. (2023: 32).

²⁸ Señala Sciarrone Alibrandi (2020: 22) que un ejemplo paradigmático de esta orientación lo ofrece el modelo británico de *Open Banking*, en el que se ha adoptado una interfaz de programación de aplicaciones común para las principales entidades bancarias, bajo la supervisión de la autoridad competente, con el propósito de asegurar una interacción abierta, estandarizada y funcional entre los ASPSP y los TPP.

²⁹ Foà (2023: 27).

regulatoria³⁰. Esta técnica legislativa, basada en un listado *numerus clausus*, busca una armonización plena, al impedir que los Estados miembros añadan o conserven categorías propias de servicios de pago en sus ordenamientos internos³¹. El resultado es un perímetro normativo marcado por el continuo dinamismo del sector, cuyas fronteras son permanentemente desafiadas por la innovación tecnológica y la emergencia de modelos de negocio que desbordan las categorías preexistentes, obligando a un proceso de reflexión y adaptación regulatoria del que las propuestas de la PSD3 y el RSP son el más claro exponente.

Uno de los pilares de esta vocación expansiva se manifiesta en la dimensión geográfica de la norma. Al extender la aplicación de ciertos preceptos a las operaciones «de una sola rama» (*one-leg transactions*), esto es, aquellas en las que solo el proveedor del ordenante o el del beneficiario se encuentra en la Unión (art. 2.1 del RDLSP), el legislador europeo acomete una proyección extraterritorial de su poder normativo³². La *ratio* de esta decisión es eminentemente tuitiva: se busca evitar que el usuario europeo quede desprotegido por la mera circunstancia de que la otra parte de la cadena de pago se halle en un tercer Estado, corrigiendo así una laguna de la anterior directiva que generaba un indeseable vacío de protección en fenómenos de gran relevancia social, como las remesas de fondos por parte de inmigrantes³³. No obstante, esta ambición choca con los límites fácticos de la soberanía de los Estados miembros. La eficacia de las obligaciones impuestas a un proveedor europeo se ve inevitablemente comprometida cuando el buen fin de la operación depende de la actuación de un intermediario extracomunitario no sujeto al mismo marco legal. El propio RDLSP ha de reconocer esta realidad al modular las exigencias aplicables a estas operaciones (art. 2.1 *in fine* del RDLSP y art. 2.4 de la PSD2), excluyendo normas cuya efectividad es inviable sin la cooperación del proveedor extranjero, como las relativas a la integridad de los importes transferidos (art. 53 del RDLSP y art. 81 de la PSD2) o al régimen de responsabilidad por ejecución defectuosa (art. 60 del RDLSP y art. 89 de la PSD2). Se configura así un estatuto de protección graduada, cuya aplicación práctica no está exenta de incertidumbre y que evidencia la compleja dialéctica entre la voluntad de protección del mercado interior y las limitaciones inherentes al Derecho internacional privado.

³⁰ Tapia Hermida (2018: 68).

³¹ Marín Palomino y García Alcorta (2025: 69).

³² Tapia Hermida (2019) y Castillo Olano (2024.a: 155).

³³ Berti de Marinis (2018: 652).

II.2. El perímetro negativo de la norma: un sistema de exclusiones en permanente tensión evolutiva

De manera simétrica, el ámbito objetivo se perfila mediante la perspectiva de la *negative scope*³⁴ a partir de un catálogo de exclusiones (art. 4 del RDLSP) que no debe interpretarse como un conjunto de excepciones asistemáticas, sino como un dispositivo que revela la lógica interna de la regulación. La exclusión de los pagos en efectivo o mediante instrumentos de papel (cheques, efectos de comercio) confirma que el objeto de la norma no es todo medio de pago, sino específicamente aquellos de naturaleza electrónica y desmaterializada que plantean riesgos singulares. Mayor complejidad dogmática presentan otras exclusiones que la práctica comercial ha puesto en jaque, como se analizará en las secciones siguientes.

II.2.1. La intermediación comercial y el desafío de las plataformas digitales

La exclusión de los servicios prestados por agentes comerciales que actúan por cuenta del ordenante o del beneficiario [art. 4. b) del RDLSP] se ha revelado como una de las más porosas. Concebida para la intermediación comercial tradicional, su aplicación a las grandes plataformas de comercio electrónico y a los mercados en línea (*marketplaces*) puede ser un elemento generador de inseguridad jurídica. La distinción entre un mero intermediario que negocia o concluye una venta en nombre de un principal y una plataforma que, además, recibe, gestiona y retiene temporalmente los fondos de compradores y vendedores para luego transferirlos a estos últimos, ha sido objeto de controversia. Cuando la plataforma entra en posesión de los fondos, aunque sea transitoriamente, se desdibuja la figura del agente y emerge la de un prestador de servicios de pago encubierto. Así se ha señalado la deseabilidad de clarificar esta frontera³⁵, insistiendo en que la exclusión exige que el agente actúe para una sola de las partes y nunca entre en posesión de los fondos, pero la sofisticación de los modelos de negocio convierte la prueba de este extremo en una tarea de enorme dificultad, abriendo la puerta a un evidente riesgo de competencia entre las distintas jurisdicciones de los Estados miembros.

³⁴ Balsamo Tagnani (2018: 610).

³⁵ Comisión Europea (2023: 107).

II.2.2. La red limitada: entre la proporcionalidad regulatoria y el riesgo de elusión

De similar calado es la excepción de los instrumentos de pago de «red limitada» [art. 4. k) del RDLSP], que exime de la aplicación del régimen general a soluciones de pago circunscritas a un ámbito restringido, como las tarjetas emitidas por una cadena comercial o los sistemas de pago internos de un campus universitario. Su fundamento descansa en el principio de proporcionalidad: se presume un riesgo operativo y sistémico menor cuando el universo de aceptantes o la gama de bienes y servicios ofrecidos es acotado. No obstante, el legislador de la PSD2, receloso ante la posibilidad de que esta exención pudiera ser utilizada para crear ecosistemas de pago paralelos al margen del marco supervisado, introdujo cautelas adicionales, como la obligación de notificar a la autoridad competente cuando se superan determinados umbrales de volumen transaccional. Pese a ello, subsisten divergencias en la práctica supervisora, incluso tras la emisión de nuevas directrices por parte de la EBA³⁶, particularmente, en lo relativo a los plazos, los datos exigidos y la periodicidad de los informes. Asimismo, la evidencia empírica ha demostrado que estos temores no eran infundados³⁷ y las futuras propuestas regulatorias (PSD3/RSP) prevén un mayor escrutinio sobre estas redes³⁸, especialmente, para atajar prácticas elusivas que pueden manifestarse en modalidades como el *cash-back* ofrecido fuera del establecimiento comercial o a través de cajeros automáticos independientes que no pertenecen a ninguna entidad, difuminando así los contornos de lo que puede considerarse una red verdaderamente «limitada».

II.2.3. Nuevos modelos de negocio

La tendencia evolutiva del ámbito de aplicación se manifiesta de forma especialmente disruptiva ante la creación de productos y tecnologías que no fueron previstos por el legislador europeo en 2015. El auge de las soluciones «Compre ahora, pague después» (*Buy Now, Pay Later* o BNPL) es un caso paradigmático³⁹. Bajo esta denominación se engloban modelos de negocio cuyo funcionamiento, del que operadores como Klarna o Scalapay son un claro exponente, resulta revelador de su complejidad

³⁶ EBA (2022: 13).

³⁷ Comisión Europea (2023.b).

³⁸ Considerando 12 del RSP.

³⁹ EBA (2019: 45).

jurídica. Cuando un consumidor adquiere un producto en un comercio electrónico asociado, puede elegir pagar a través de estos servicios. El proveedor de BNPL abona el importe total de la compra al comercio de forma inmediata y, a continuación, el consumidor devuelve dicho importe al proveedor en un número determinado de plazos, generalmente sin intereses.

En esta disociación entre la apariencia externa de la operación y su naturaleza subyacente reside, precisamente, el núcleo del debate. Aunque para el usuario la experiencia es similar a un pago, subyace una operación de financiación que, por su inmediatez y aparente gratuidad, no está exenta de riesgos. Estos productos híbridos, que combinan elementos de la financiación al consumo con la inmediatez de un servicio de pago, plantean la delicada cuestión de su calificación jurídica. Aunque formalmente el proveedor de BNPL se limita a canalizar adeudos domiciliados contra la cuenta o tarjeta del usuario, asume un riesgo de crédito y su modelo de negocio se nutre de las comisiones pagadas por los comerciantes; lo que le aproxima funcionalmente a una entidad financiera. La EBA⁴⁰, así como el Banco de España⁴¹ han venido alertando sobre los riesgos de sobreendeudamiento y la falta de transparencia, impulsando la idea de que estos operadores deben someterse no solo a la normativa de crédito al consumo, sino también a la de servicios de pago, con las consiguientes exigencias de autorización y solvencia.

II.2.4. La irrupción de los criptoactivos

Un desafío de creciente relevancia para el marco regulatorio de los servicios de pago proviene del universo de los criptoactivos. Aunque la PSD2 no prevé dentro de su ámbito de aplicación las transacciones efectuadas directamente en criptoactivos, las propuestas de reforma apuntan hacia una integración progresiva de ciertos usos de estos instrumentos en el ecosistema de pagos⁴².

En este contexto, los nuevos operadores emergentes ligados a la generalización de los criptoactivos están modificando los parámetros tradicionales de la intermediación financiera. Esta evolución ha motivado una respuesta por parte del legislador europeo,

⁴⁰ EBA (2022: 42).

⁴¹ Banco de España (2024: 3).

⁴² Comisión Europea (2023.c).

cristalizada en el Reglamento (UE) 2023/1114 sobre los mercados de criptoactivos⁴³ (en adelante, MiCA), que supone un avance significativo en la ordenación jurídica de estos fenómenos⁴⁴. Dotado de una finalidad complementaria, MiCA no pretende sustituir a marcos ya consolidados como el RDLSP, sino colmar las lagunas existentes⁴⁵, lo que genera inevitables zonas de fricción e intersección normativa.

La distinción entre los «servicios sobre criptoactivos», regulados por MiCA, y los «servicios de pago» en sentido estricto, sometidos al régimen de la PSD2, no es meramente terminológica: comporta efectos relevantes en términos de autorización, obligaciones de conducta y régimen de responsabilidad, aunque ambos textos busquen dotar de un mayor estándar de tutela de los usuarios⁴⁶. Si bien los principios de *neutralidad tecnológica y misma actividad, mismos riesgos, mismas normas* informan la acción del legislador, su aplicación en este ámbito evidencia importantes tensiones interpretativas. Esta problemática se proyecta con especial intensidad sobre los *Asset-Referenced Tokens* (ART) y los *E-Money Tokens* (EMT), que se aproximan funcionalmente al ámbito de los pagos y cuya calificación jurídica exige una cuidadosa delimitación entre los regímenes aplicables.

Por otro lado, la eventual emisión de un euro digital por parte del Banco Central Europeo obligará a replantear la definición legal de «fondos» contenida en el artículo 3.19 del RDLSP, a fin de integrar esta nueva modalidad de dinero de banco central en el sistema normativo. Ello planteará, asimismo, la necesidad de esclarecer el papel que podrían desempeñar las autoridades monetarias como potenciales proveedores de servicios de pago dentro de un marco regulado y tecnológicamente neutral.

II.2.5. Los ART y su interacción con la normativa de servicios de pago

Los ART, definidos en el artículo 3.1.6 de MiCA, son criptoactivos referenciados a uno o varios activos —incluidas monedas oficiales— que persiguen mantener una

⁴³ Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937 (DOUE n.º 150, de 9 de junio de 2023).

⁴⁴ Gimigliano (2022: 361).

⁴⁵ Zetzsche y Sinnig (2025: 158).

⁴⁶ Carriere (2023: 18).

estabilidad de valor. Su funcionalidad como medio de cambio los aproxima al dinero, pero su inclusión en el régimen de la PSD2 plantea importantes fricciones jurídicas.

El artículo 4.25 de la PSD2 y el artículo 3.19 del RDLSP definen “fondos” de forma cerrada: efectivo, dinero escritural y dinero electrónico. Los ART no encajan en ninguna de estas categorías. No representan dinero fiduciario, ni son emitidos contra fondos previos, ni constituyen créditos frente al emisor en los términos del art. 2.2 de la Directiva 2009/110/CE. La distinción más compleja surge frente al dinero electrónico, definido por la Directiva 2009/110/CE como valor monetario electrónico emitido contra fondos, aceptado por terceros y representativo de un crédito sobre el emisor. Aunque la función económica de los ART pueda ser similar, su estructura jurídica es distinta⁴⁷, como confirma el propio MiCA al establecer un régimen diferenciado para los ART y otro, asimilado al dinero electrónico, para los EMT.

Que los ART no puedan ser considerados «fondos» en sentido estricto constituye un obstáculo difícilmente salvable. La semejanza funcional con un medio de pago no puede prevalecer sobre los límites conceptuales establecidos por el legislador. Esta insuficiencia del marco vigente ha sido señalada por diversas instituciones. Así, la EBA ha sugerido evaluar la inclusión de los ART de uso generalizado en la definición de fondos⁴⁸ y un estudio encargado por la Comisión Europea ha propuesto incluso crear una categoría intermedia de «cuasifondos» o reformular el artículo 4.25 de la PSD2⁴⁹. Tales propuestas reflejan la voluntad de adaptación normativa, pero también parecen evidenciar que actualmente, los ART quedan al margen del régimen de los servicios de pago tal y como ha sido tradicionalmente diseñado⁵⁰.

Ante esta exclusión, se ha planteado una vía interpretativa alternativa: calificar los ART no como fondos, sino como instrumentos de pago⁵¹. Según el artículo 4.14 de la PSD2, el instrumento de pago es un procedimiento o dispositivo pactado entre usuario y proveedor para iniciar una orden de pago, como ocurre con una tarjeta bancaria o el acceso a la banca electrónica. Sin embargo, esta solución presenta serias objeciones conceptuales. A diferencia de los instrumentos tradicionales, los ART no sirven para movilizar fondos ajenos, sino que son el propio valor transferido. Al asumir

⁴⁷ Minto (2024: 95).

⁴⁸ EBA (2022: 111).

⁴⁹ Comisión Europea (2023.a: 183).

⁵⁰ Alvarado Herrera (2025: 383).

⁵¹ Castillo Olano (2020: 86).

simultáneamente las funciones de unidad de cuenta y medio de intercambio, los ART fusionan en un único objeto lo que, en el modelo tradicional, son elementos diferenciados. Forzar su inclusión en la categoría de instrumento de pago desnaturalizaría esta noción y generaría más inseguridad jurídica que la que pretende resolver.

II.2.6. Los EMT y su interacción con la normativa de servicios de pago

El artículo 48.2 de MiCA establece que los EMT serán considerados *dinero electrónico* a efectos de la Directiva 2009/110/CE, operando así una ficción jurídica que los incorpora al régimen de los pagos electrónicos⁵². En consecuencia, pasan a integrarse en la definición de «fondos» del artículo 3.19 del RDLSP y, por tanto, en el ámbito del RDLSP.

Esta asimilación tiene efectos en dos planos. Subjetivamente, MiCA exige que los emisores de EMT sean entidades de crédito o de dinero electrónico [art. 48.1], lo que garantiza su alineación con el elenco cerrado de proveedores del Anexo I de la PSD2. Objetivamente, al tratarse de operaciones sobre fondos, las transacciones con EMT pueden calificarse como servicios de pago. No obstante, MiCA actúa como *lex specialis*, introduciendo un régimen complementario que coexiste con la normativa general de pagos.

Pese a esta claridad conceptual, persiste cierta ambigüedad respecto al servicio concreto prestado. Si bien operar con EMT implica el uso de fondos, ello no basta para configurar un servicio de pago: debe atenderse al modelo operativo.

En el modelo intermediado, un proveedor controla la operación (p. ej., una plataforma que ejecuta pagos en nombre del cliente). Aquí, se configura un servicio de pago típico sujeto al RDLSP. En el modelo desintermediado, donde el usuario interactúa directamente con la red mediante una interfaz no custodiada, el proveedor no presta un servicio de pago, sino que facilita un servicio sobre criptoactivos, como la custodia, que se integran dentro del ámbito de MiCA⁵³.

Existen además modelos híbridos, como los monederos digitales. Si su uso se limita a la tenencia, se trataría de un servicio de custodia [art. 3.1.16. a) de MiCA]; pero

⁵² Minto (2024: 92).

⁵³ Minto (2024: 96).

si permite transferencias habituales, podría asimilarse a una «cuenta de pago» (art. 4.12 de la PSD2). Esta zona gris normativa puede generar lagunas de protección, en las que una misma transacción quede solo parcialmente cubierta por ambos marcos regulatorios⁵⁴, lo que reclama una interpretación sistemática y finalista que garantice la coherencia del sistema y la tutela efectiva del usuario.

Así las cosas, una de las principales dificultades que plantea la articulación entre MiCA y la PSD2 reside en la superposición funcional entre determinados servicios vinculados a criptoactivos y las categorías tradicionales de servicios de pago, lo que genera incertidumbres normativas sobre el estatuto jurídico de los operadores implicados. El paquete normativo compuesto por la PSD3 y el RSP sigue presentando zonas de indefinición en lo que respecta al tratamiento jurídico de estos activos, cuya clarificación debería ser abordada en una futura revisión por parte del legislador europeo⁵⁵.

II.3. El ámbito subjetivo

El ámbito subjetivo de la norma (art. 5 del RDLSP) se caracteriza por una deliberada heterogeneidad de proveedores. Junto a las entidades de crédito, sometidas a la plenitud de la regulación prudencial, y las entidades de dinero electrónico, coexisten las «entidades de pago»⁵⁶, figura creada para dar entrada a nuevos competidores con requisitos de capital más flexibles. La PSD2 culminó este proceso de apertura⁵⁷ con la regulación de los PISP y de los AISP, intermediarios técnicos que no gestionan fondos pero que son la piedra angular del *Open Banking*. Las nuevas propuestas regulatorias profundizan en esta diversificación y la creciente complejidad de los nuevos productos dificulta su delimitación frente a figuras afines, como la replicación digital de los instrumentos de pago mediante *tokens*; especialmente, cuando las empresas que los gestionan asumen el control técnico de la iniciación de pagos⁵⁸. Esta realidad ha impulsado la necesidad de crear categorías específicas para determinados servicios auxiliares —como los proveedores de custodia de medios de pago *tokenizados* o los

⁵⁴ Castillo Olano (2020: 95).

⁵⁵ Minto y Urbani (2024.b: 367) y Castillo Olano (2024.b: 38).

⁵⁶ Tapia Hermida (2018: 63).

⁵⁷ Peñas Moyano (2020: Cap. V: 2).

⁵⁸ Marín Palomino y García Alcorta (2025: 74).

servicios de agregación de identidad⁵⁹—, sometiéndolos a exigencias en materia de seguridad y protección de datos acordes con su perfil de riesgo.

La contraparte de esta compleja arquitectura de proveedores es el «usuario», sujeto último de salvaguardia de la norma. El RDLSP ya extendía el manto protector más allá del consumidor, reconociendo a las microempresas la posibilidad de beneficiarse del régimen tuitivo que estatúa en un claro reconocimiento de su asimetría negociadora, como se analizará en las secciones siguientes. La evolución que anticipa la PSD3 va un paso más allá, introduciendo la noción de usuarios más vulnerables⁶⁰. Este concepto trasciende la categoría económica para abarcar a personas que, por razón de discapacidad, edad avanzada o escasa capacitación digital, encuentran barreras para acceder a los servicios financieros en condiciones de igualdad. Esta nueva dimensión obligará a los proveedores a adoptar un enfoque más inclusivo, por ejemplo, garantizando que los procedimientos de autenticación reforzada del cliente sean accesibles y no en una estrategia basada únicamente en dispositivos móviles (art. 88 del RSP), debiendo de este modo adaptar sus canales de comunicación y de alerta contra el fraude para atender las necesidades específicas de estos colectivos (art. 84.1 del RSP). Se consuma así la transición desde una regulación de mercado hacia una orientación que busca ser más tuitiva de los derechos de los usuarios en el ámbito de los pagos digitales.

III. LA RECONFIGURACIÓN DEL ECOSISTEMA DE PAGOS: LA EMERGENCIA DE LOS TPP

III.1. La triangulación telemática en las operaciones de pago

El esquema regulador introducido por el RDLSP constituye una transformación de notable calado en la concepción clásica del Derecho aplicable a esta materia. No se trata de una mera actualización técnica, sino de una reordenación profunda que afecta a los fundamentos sobre los que tradicionalmente se había construido el régimen jurídico de los servicios de pago⁶¹. El legislador, tanto el europeo como el nacional, ha desplazado

⁵⁹ Los servicios de agregación de identidad constituyen una modalidad avanzada de prestación digital mediante la cual un proveedor autorizado recopila, consolida y gestiona, con el consentimiento explícito del usuario, información personal o atributos de identidad procedentes de múltiples fuentes —públicas o privadas— con el fin de construir una identidad digital unificada, verificable y reutilizable en distintos entornos transaccionales o administrativos.

⁶⁰ Considerando 100 del RSP.

⁶¹ Romero Fernández (2019) señala que, con anterioridad a la implantación de la PSD2, y a su transposición al ordenamiento español, el ecosistema *Fintech* se había desarrollado en un entorno caracterizado por una

el centro de gravedad regulatorio desde el clásico binomio formado por la tenencia de fondos y la ejecución de la transferencia —conceptos anclados en la posesión y el desplazamiento patrimonial—, hacia un nuevo paradigma fundamentado en el acceso a la información de la cuenta de pago como bien jurídico autónomo. La disrupción tecnológica y el auge de la economía digital han dado lugar al reconocimiento jurídico de nuevos operadores cuya función no radica en la custodia de fondos, sino en la facilitación de pagos o en el acceso estructurado a datos financieros. Esta evolución ha configurado un modelo de triangulación telemática entre entidades bancarias, usuarios y estos nuevos actores, PISP y AISP⁶². Tal escenario impone un replanteamiento de las categorías clásicas del Derecho bancario, en particular en lo que atañe a la noción de intermediación y al régimen jurídico de la información financiera. Asimismo, genera un nuevo escenario de competencia y cooperación entre los diferentes actores⁶³. La regulación de estos nuevos operadores no es una mera adición taxonómica al elenco de entidades de pago, sino la manifestación de una nueva *ratio legis* que reconoce en el acceso seguro y consentido a la cuenta un valor jurídico propio, merecedor de un estatuto específico y de un régimen de supervisión particular. Se advierte, pues, una disociación fundamental entre la titularidad de la relación contractual bancaria y la potestad de operar sobre la cuenta, disociación que quiebra la estructura bilateral clásica entre el cliente y su entidad para dar paso a un ecosistema de relaciones multilaterales, complejas y tecnológicamente mediadas que el Derecho privado clásico observa con una mezcla de fascinación y perplejidad.

III.2. El servicio de iniciación de pagos: naturaleza jurídica y régimen de responsabilidad

III.2.1. La naturaleza instrumental del proveedor y la obligación de acceso a la cuenta

El servicio de iniciación de pagos, tal y como lo define el artículo 3.39 del RDLSP, consiste en «un servicio para iniciar una orden de pago, a petición del usuario de servicios de pago, respecto de una cuenta de pago abierta con otro proveedor de servicios de pago». La aparente simplicidad de esta definición legal oculta una notable complejidad jurídica.

regulación financiera incipiente, en el que la digitalización de los instrumentos de pago y la incorporación de tecnologías emergentes al ámbito financiero se producían al margen de un marco normativo claramente estructurado.

⁶² Profeta (2019: 64).

⁶³ Harasim (2021: 615).

La noción acuñada por el legislador revela una definición ambigua, capaz de abarcar diversos servicios y abierta a futuras innovaciones, conforme al principio de neutralidad tecnológica⁶⁴. Su intervención no se agota en la emisión de una declaración de voluntad por cuenta ajena, sino que se materializa a través de una actuación técnica que establece un puente digital entre la interfaz del ordenante y los sistemas del ASPSP⁶⁵. Este es precisamente el modelo de negocio que el usuario de servicios de pago encuentra con creciente frecuencia en las pasarelas de pago del comercio electrónico, donde operadores especializados, por ejemplo, Trustly o Sofort (Klarna), se integran en el *checkout* de los comercios para facilitar pagos directos cuenta a cuenta, operando como una alternativa a los tradicionales esquemas de tarjetas.

La naturaleza de su función es puramente instrumental, pero de una instrumentalidad cualificada por el componente tecnológico. El PISP no entra en posesión de los fondos en ningún momento de la transacción, como proscribió taxativamente el artículo 38.3. a) del RDLSP [art. 66.3. a) de la PSD2]⁶⁶; su rol se circunscribe a generar y transmitir la orden de pago, previa autenticación del usuario⁶⁷, al gestor de la cuenta para que este la ejecute.

El nudo gordiano de la regulación reside, precisamente, en la configuración de la relación jurídica que vincula a los tres vértices de la operación: usuario, PISP y ASPSP. De forma disruptiva, el legislador impone al proveedor gestor de la cuenta una obligación *ex lege* de permitir y facilitar el acceso de los PISP a las cuentas de sus clientes, siempre que estas sean accesibles en línea y medie el consentimiento expreso del usuario. El artículo 38.1 del RDLSP (art. 66.1 de la PSD2) consagra un auténtico derecho del ordenante a recurrir a estos servicios, cuyo correlato es el deber del ASPSP de no obstaculizar, ni directa ni indirectamente, la prestación del servicio por parte del PISP⁶⁸.

⁶⁴ Alvarado Herrera (2017) y Castillo Olano (2024.a: 69).

⁶⁵ Alonso Ledesma (2018: 10).

⁶⁶ Conesa Lareo et al. (2018: 87).

⁶⁷ Según la propuesta de la PSD3, el servicio de iniciación de pagos —tal como se define en su artículo 2.17— consiste en la ejecución de una orden de pago, solicitada por el usuario, sobre una cuenta mantenida en otro proveedor de servicios. Marín Palomino y García Alcorta (2025: 76) destacan que, a diferencia de la PSD2, donde este servicio se vinculaba casi exclusivamente al ordenante, la PSD3 y el RSP abren la posibilidad de que también pueda dirigirse al beneficiario. Esta interpretación se apoya en el considerando 54 y en el artículo 36.4. a) del RSP, que contemplan que un PSIP pueda iniciar un adeudo domiciliado, figura que por su naturaleza corresponde al beneficiario. Sin embargo, incluso en este supuesto, la intervención del ordenante sigue siendo imprescindible, ya que el inicio de la operación exige su consentimiento —en la PSD2— o su mandato —según la PSD3—, lo que excluye cualquier configuración del servicio al margen de su participación.

⁶⁸ Lo Conte (2023: 215).

Esta obligación de acceso no se fundamenta en una relación contractual previa entre el PISP y el ASPSP, lo cual constituye una de las innovaciones más profundas del nuevo marco regulatorio. Se trata de una suerte de servidumbre de acceso de base legal, impuesta en aras de la competencia y la innovación en el mercado de pagos, que obliga a las entidades de crédito a «abrir» sus infraestructuras a terceros competidores. La propia exposición de motivos del RDLSP subraya que la finalidad es «aumentar la competencia en el mercado europeo de pagos» y «garantizar un terreno de juego equilibrado entre los distintos proveedores». La implementación de esta obligación se confía a la creación de interfaces de APIs seguras y estandarizadas, cuya especificación técnica ha sido objeto de desarrollo por la EBA⁶⁹, con el fin de superar las prácticas de *screen scraping* o captura de datos de pantalla, consideradas menos seguras y eficientes.

III.2.2. El régimen de acceso a cuenta y sus mecanismos de responsabilidad

La singular estructura de la operación de pago iniciada a través de un PISP, donde este no es parte del contrato de cuenta ni entra en posesión de los fondos, exige un régimen de responsabilidad específico para los supuestos de operaciones no autorizadas o ejecutadas de forma incorrecta⁷⁰. El Título III del RDLSP articula un sistema que persigue, ante todo, la máxima protección del usuario-ordenante, desplazando la complejidad de la atribución de la culpa a una fase posterior entre los proveedores implicados. Conforme al artículo 61.2 del RDLSP, si una operación de pago no autorizada se ha iniciado mediante un PISP, la responsabilidad primaria frente al consumidor recae sobre el ASPSP. Es este último quien debe devolver de inmediato al ordenante el importe de la operación, restaurando la cuenta de pago al estado en que se habría encontrado de no haberse producido la transacción. Se establece, por tanto, una presunción de responsabilidad del gestor de la cuenta que garantiza una tutela rápida y eficaz del perjudicado, quien no se ve compelido a litigar contra un tercero (el PISP) con el que puede no tener una relación contractual directa o cuyo papel en la cadena causal del daño le es difícil de discernir⁷¹.

Ahora bien, este esquema se completa con una acción de regreso. Si el ASPSP puede demostrar que el hecho generador del daño es imputable al PISP, este deberá

⁶⁹ EBA (2020: 2).

⁷⁰ Profeta (2019: 73).

⁷¹ Piccinno (2023: 1756).

compensarle inmediatamente por las pérdidas sufridas y por las sumas que hubo de abonar al usuario. La clave del sistema se sitúa, por tanto, en la distribución de la carga de la prueba. El artículo 44.1 del RDLSP establece una regla rigurosa para el PISP: a él le incumbe probar que, dentro de su ámbito de competencia, la operación fue debidamente autenticada, registrada con exactitud y que no se vio afectada por ninguna deficiencia técnica o de otra índole⁷². La dificultad práctica que encierra esta prueba es considerable, pues determinar el punto exacto del fallo en una cadena de comunicaciones digitales complejas y fragmentadas puede requerir peritajes técnicos de elevada sofisticación⁷³. La dificultad probatoria para el PISP consistirá en acreditar un hecho negativo: la ausencia de fallos en sus propios sistemas, frente a la posible alegación de una vulnerabilidad latente en la infraestructura del ASPSP o de una actuación maliciosa de un tercero que haya explotado una brecha de seguridad en cualquier punto de la cadena.

III.2.3. La modulación de los requisitos prudenciales como corolario del régimen de responsabilidad

Este particular régimen de responsabilidad, unido a la prohibición de tenencia de fondos, explica la modulación de los requisitos prudenciales exigidos a los PISP. En lugar del notable capital social y el nivel de fondos propios que se exige a otras entidades de pago, el legislador opta por una solución funcionalmente equivalente, centrada en el riesgo real de su actividad. El artículo 19.1 b) del RDLSP, de conformidad con lo dispuesto por el legislador europeo en el art. 9 de la PSD2, fija un capital social mínimo de apenas 50.000 euros, pero el verdadero pilar de la solvencia del sistema es la exigencia contenida en el artículo 16: la suscripción obligatoria de un seguro de responsabilidad civil profesional o de una garantía análoga⁷⁴. Este seguro, cuyo importe mínimo ha de determinarse conforme a las directrices de la Autoridad Bancaria Europea, constituye un requisito esencial para la obtención de la autorización administrativa pertinente y para el ejercicio legítimo de la actividad⁷⁵. Su fundamento radica en que, a diferencia de los modelos tradicionales donde el riesgo central es la insolvencia frente a los clientes, en este caso —al no gestionarse fondos— el riesgo relevante es la eventual producción de

⁷² Fratini (2019: 201).

⁷³ Paglietti (2020: 59).

⁷⁴ Profeta (2019: 73).

⁷⁵ Zunzunegui (2020: 10).

daños derivados de fallos técnicos en la prestación del servicio. En tal contexto, el capital regulatorio pierde su función clásica de protección patrimonial, siendo sustituido por un mecanismo específico que garantice la cobertura efectiva de la responsabilidad civil.

No obstante, la experiencia práctica ha puesto de manifiesto las dificultades que los nuevos operadores encuentran para la contratación de dichas pólizas en las fases iniciales de su actividad, una realidad a la que el legislador europeo parece querer dar respuesta en la futura propuesta de la PSD3 al contemplar la posibilidad de que los PISP sustituyan temporalmente dicha garantía por la aportación de su capital inicial, comprometiéndose a suscribir la póliza una vez consolidada su actividad⁷⁶. Esta flexibilización pragmática busca resolver un clásico círculo vicioso: las aseguradoras exigen un historial operativo para calibrar el riesgo y fijar una prima, mientras que el operador necesita la póliza precisamente para poder iniciar legalmente dicho historial. La medida, por tanto, pretende facilitar la entrada de nuevos competidores sin menoscabo de la protección del usuario.

III.3. El servicio de información sobre cuentas: la regulación del acceso al dato como valor autónomo

III.3.1. *Fundamento de la regulación y estatuto jurídico*

Una figura aún más disruptiva, si cabe, es la del proveedor de servicios de información sobre cuentas, definido en el artículo 3.38 del RDLSP como «un servicio en línea consistente en facilitar información agregada sobre una o varias cuentas de pago de las que es titular el usuario del servicio de pago». La actividad del AISP es puramente informativa; no inicia pagos, no transmite órdenes, no interviene en la cadena de ejecución de la transacción. Este servicio se considera un complemento a los servicios de pago tradicionales⁷⁷. Su función se agota en la recopilación, consolidación y presentación de datos financieros del usuario obtenidos previo consentimiento de este desde las diversas cuentas que mantiene en distintas entidades. Esta agregación de datos es, precisamente, el núcleo de la actividad desarrollada por compañías especializadas, tales como Tink, TrueLayer, Plaid, Fintonic, Budget Insight, o los servicios similares integrados en las aplicaciones de algunas entidades, cuya infraestructura permite a

⁷⁶ Considerando 25 de la PSD3.

⁷⁷ Considerando 28 de la PSD2.

terceros —como aplicaciones de gestión de finanzas personales o entidades que realizan análisis de solvencia— ofrecer al usuario una visión panorámica y unificada de su posición financiera. Se trata de un servicio de valor añadido que potencia la capacidad del usuario para gestionar su patrimonio y tomar decisiones financieras informadas⁷⁸.

La inclusión de los AISP en el perímetro de la regulación de servicios de pago ha sido objeto de debate. Desde una perspectiva estrictamente funcional, podría argumentarse que una actividad meramente informativa no constituye un «servicio de pago» en sentido estricto. Sin embargo, el legislador ha optado por un enfoque sistémico y preventivo basado en el riesgo⁷⁹. La razón de ser de su regulación no estriba en la naturaleza del servicio en sí mismo, sino en la sensibilidad extrema del objeto sobre el que recae: datos de cuentas de pago, cuya sensibilidad y potencial para el fraude son máximos. El acceso a la información de las cuentas, aun sin potestad para operar, constituye una puerta de entrada al ecosistema financiero del usuario y, por tanto, un vector de riesgo que debe ser gestionado y supervisado. Someter a los AISP a un régimen de autorización —o, más precisamente, de registro— y supervisión por parte del Banco de España (art. 26 del RDLSP) en nuestro sistema persigue garantizar que solo entidades solventes y fiables, que cumplan con exigentes estándares de seguridad, puedan acceder a dicha información⁸⁰.

El estatuto jurídico del AISP es, en consonancia con su menor nivel de riesgo intrínseco, más flexible que el del PISP. No se les exige un capital social mínimo, como se desprende del artículo 15.1 del RDLSP. Su principal obligación de carácter prudencial, análoga a la de los PISP, es la de contar con un seguro de responsabilidad civil profesional⁸¹ o garantía equivalente que cubra los riesgos derivados de su actividad (art. 16 del RDLSP), y cuya lógica es idéntica: el riesgo no es de crédito o de liquidez, sino operativo y de responsabilidad por el manejo indebido de datos. Al igual que para los PISP, la propuesta de la PSD3 contempla ofrecer a los AISP la opción de aportar un capital inicial como alternativa a la suscripción del seguro, reconociendo así las barreras de entrada que este requisito puede suponer⁸².

⁷⁸ Catenacci y Fornasaro (2018: 3).

⁷⁹ Alonso Ledesma (2018: 26).

⁸⁰ Sertoli (2021: 151).

⁸¹ Alonso Ledesma (2019: 490).

⁸² Considerando 23 de la PSD3.

III.3.2. Deficiencias de la transposición y retos sistemáticos

La regulación del AISP en el ordenamiento español presenta ciertas aristas problemáticas. Resulta llamativa la exclusión que el artículo 15.1 del RDLSP realiza respecto de la aplicación del artículo 18, que regula la revocación del registro. Esta exclusión parece obedecer a una transposición imperfecta del artículo 33 de la PSD2, que se refiere a la inaplicabilidad del régimen de revocación de la *autorización* (art. 13 de la PSD2), pero no del registro. La consecuencia práctica es una aparente laguna sobre las causas y el procedimiento para dar de baja a un AISP del registro del Banco de España; lo que podría dificultar la labor de supervisión y generar una indeseable inseguridad jurídica. Asimismo, es paradójico que, siendo entidades cuyo modelo de negocio se basa íntegramente en el tratamiento de datos personales, el legislador español no les haya hecho aplicable expresamente el artículo 65 del RDLSP, que contiene disposiciones específicas sobre protección de datos⁸³. Si bien es evidente que los AISP están plenamente sujetos al Reglamento (UE) 2016/679, la omisión de esta referencia específica en el cuerpo de la norma sectorial constituye una deficiencia sistemática que debilita la coherencia interna del texto y que, no obstante, las futuras propuestas normativas europeas⁸⁴ parecen encaminadas a corregir, imponiendo obligaciones más estrictas de minimización de datos y de identificación a través de interfaces dedicadas.

III.4. La propuesta de reforma y los nuevos modelos híbridos

La regulación de los PISP y los AISP en el RDLSP trasciende la mera anécdota regulatoria para erigirse en un pilar básico de la nueva economía de los pagos. A través de estas figuras, el Derecho reconoce y ordena una realidad en la que el valor económico no reside únicamente en la posesión de los fondos, sino también en el control del acceso a la información y en la capacidad de iniciar operaciones de forma no intermediada. El *Open Banking*, introducido por la PSD2, desplazó el eje de la competencia bancaria desde la mera captación de depósitos hacia la prestación de servicios de valor añadido sobre la infraestructura existente, permitiendo el acceso de terceros a los datos de los clientes. Esta lógica evoluciona hacia el modelo de *Open Finance*⁸⁵, uno de los pilares de la Estrategia

⁸³ Castillo Olano (2024.a: 203).

⁸⁴ Considerando 97 del RSP.

⁸⁵ Awrey y Macey (2023:12).

de Finanzas Digitales de 2020⁸⁶, que propone extender dichos principios al conjunto de la actividad financiera.

El itinerario regulatorio de la Unión Europea en materia de acceso a la información financiera alcanza un punto de inflexión con la propuesta de Reglamento sobre el Acceso a Datos Financieros (FIDA)⁸⁷, concebida no como un simple ajuste evolutivo, sino como un auténtico salto cualitativo. Este nuevo marco normativo trasciende el paradigma del *Open Banking*, limitado al ámbito de los servicios de pago, y sienta las bases de un ecosistema transversal de *Open Finance*⁸⁸.

Su finalidad es superar la principal barrera que la PSD2 no logró derribar: el control fragmentado y limitado que los clientes —consumidores o empresas— ejercen sobre sus datos financieros. La restricción del acceso a información más allá de las cuentas de pago ha sido identificada como un obstáculo estructural para la innovación, al impedir que el valor potencial de esos datos pueda ser aprovechado por los proveedores para desarrollar servicios más personalizados y eficientes⁸⁹.

La arquitectura de FIDA se articula, por tanto, como una respuesta directa a esta deficiencia, expandiendo los principios del acceso a la información a la práctica totalidad del sector financiero, si bien con modificaciones sustanciales en su concepción. El Reglamento proyectado establece un derecho de acceso a los datos en favor de terceros, siempre mediando el consentimiento expreso del cliente, cuyo control se ve reforzado mediante la exigencia de «paneles de permiso» que le permitirán gestionar de forma centralizada sus autorizaciones. A diferencia de su predecesora, la PSD2, que impuso un régimen de acceso gratuito a las interfaces de programación de aplicaciones, FIDA introduce un cambio de paradigma al contemplar una «compensación razonable» en favor de las entidades tenedoras de los datos (art. 10). El fundamento de esta medida busca crear un incentivo económico directo para que las entidades financieras inviertan en el desarrollo de infraestructuras de acceso de alta calidad, seguras y eficientes, remediando así una de las debilidades más notorias del modelo anterior y acelerando la adopción del nuevo sistema.

⁸⁶ De Pascalis (2022: 399).

⁸⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para el acceso a los datos financieros y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 909/2014 (COM/2023/360 final, de 28 de junio de 2023).

⁸⁸ Falce (2024: 2).

⁸⁹ Polasik et al. (2024: 60).

El carácter disruptivo de la propuesta se manifiesta con singular fuerza en la extensión de su ámbito de aplicación. El deber de compartir información se extiende a un elenco extraordinariamente amplio de instituciones, que abarca desde las entidades de crédito y las empresas de inversión hasta las aseguradoras, las gestoras de fondos o de planes de pensiones, así como los proveedores de servicios de criptoactivos. En consecuencia, el universo de datos accesibles experimenta una expansión exponencial, incluyendo información detallada sobre hipotecas, préstamos, ahorros, inversiones, productos de seguros o la solvencia crediticia de los clientes. Para operar en este nuevo mercado, FIDA crea además una nueva categoría de sujeto regulado, el Proveedor de Servicios de Información Financiera (FISP), de acuerdo con el artículo 2 o), una entidad específicamente autorizada para acceder a los datos con el fin de prestar servicios de información, distinguiéndose así conceptualmente entre los titulares de datos (art. 3.5) y los usuarios de datos (art. 3.6) dentro del ecosistema⁹⁰. Cabe así apuntar, desde una perspectiva *de lege ferenda*, la conveniencia de una separación nítida entre el servicio de información sobre cuentas y el de iniciación de pagos: el primero debería quedar plenamente subsumido en el ámbito del Reglamento FIDA, mientras que el segundo habría de mantenerse bajo la órbita de la normativa sobre servicios de pago (RSP/PSD3)⁹¹. Esta reordenación sistemática contribuiría a precisar la naturaleza jurídica de cada figura y a alinear su régimen con la función económica que respectivamente desempeñan, favoreciendo una evolución más coherente y articulada del marco regulatorio.

Por otra parte, este nuevo paradigma ha impulsado modelos híbridos que difuminan los límites tradicionales, dando lugar a aplicaciones que combinan iniciación de pagos, agregación de cuentas y funciones como presupuestación, comparación de productos o asesoramiento financiero. Esta integración funcional plantea dudas sobre su calificación jurídica y régimen aplicable⁹², cuestión que el legislador europeo comienza a abordar regulando figuras como los agregadores de patrimonio o los iniciadores de inversiones. La dificultad estriba en la confluencia de regímenes regulatorios distintos

⁹⁰ Damkjær Christensen (2024: 905).

⁹¹ Polasik et al. (2024: 84).

⁹² Esta dificultad es observada por parte de las autoridades europeas desde la aprobación de MIFID II. Vid. European (ESMA, 2014: recitals 3–4).

(servicios de pago bajo PSD2, servicios de inversión bajo MiFID II⁹³), lo que genera zonas grises y posibles escenarios de competencia entre jurisdicciones⁹⁴. Del mismo modo, la distinción se torna compleja con la emergencia de *payment facilitators* o *merchant initiators*, proveedores que gestionan integralmente el proceso de pago para múltiples comercios, combinando la iniciación con la custodia temporal de fondos y su distribución; lo que exige una clarificación normativa para determinar si su estatuto se corresponde con el de un PISP o requiere una autorización como entidad de pago de pleno derecho. Ello exige un esfuerzo de adaptación conceptual para comprender y aplicar un marco normativo que, inspirado en los principios de neutralidad tecnológica y fomento de la competencia, redefine las fronteras del Derecho bancario y sitúe la protección del usuario y la seguridad del sistema en el centro de un ecosistema digital cada vez más complejo e interconectado.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA DEL SUJETO PROTEGIDO: DEL CONSUMIDOR A LA MICROEMPRESA

IV.1. Modelo de tutela diferenciada por el perfil de usuario

La delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre transparencia y derechos de los usuarios en la contratación de servicios de pago es el pilar fundamental sobre el que se asienta todo el edificio tuitivo erigido por el legislador europeo y, tras su transposición, por el español. La disciplina contenida en el RDLSP, lejos de proyectar un régimen de protección uniforme, articula un sistema de tutela escalonada, cuya intensidad varía en función de la cualidad que ostente el usuario⁹⁵. Esta opción de política legislativa, que distingue claramente entre el consumidor, la microempresa y el resto de los operadores económicos, pone de manifiesto la tensión estructural que atraviesa la norma: el equilibrio entre la aspiración a un mercado único de pagos con reglas uniformes y la necesidad de otorgar una protección reforzada a los sujetos estructuralmente más débiles⁹⁶.

⁹³ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican las Directivas 2002/92/CE y 2011/61/UE (refundición) (DOUE n.º 173, de 12 de junio de 2014).

⁹⁴ Arner et al. (2022: 54).

⁹⁵ Considerando 53 de la PSD2.

⁹⁶ Motroni (2019: 423).

IV.2. El consumidor como arquetipo

Conforme a una técnica normativa ya consolidada en el Derecho comunitario, el artículo 3.46 del RDLSP configura la noción de usuario desde una perspectiva puramente objetiva y funcional. No obstante, en los supuestos en los que el perfil del usuario es un consumidor, dicha definición operativa debe articularse sistemáticamente con la del artículo 3.1 del TRLGDCU, que acota dicha condición a la persona física que interviene con fines ajenos a su esfera profesional o empresarial⁹⁷. Esta concepción, común en el acervo jurídico europeo, ocupa un lugar destacado en la PSD2, donde el consumidor es reconocido como sujeto central de las garantías en materia de transparencia y protección contractual. La tutela de esta figura, anclada en el artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, constituye un elemento estructural para el adecuado funcionamiento del mercado interior⁹⁸. No se atiende aquí a las cualidades subjetivas del individuo —como su experiencia, conocimientos o formación técnica—, sino al carácter ajeno de la operación respecto de su actividad profesional, conforme a una interpretación funcional acogida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹⁹. La calificación de un usuario como consumidor desencadena la consecuencia jurídica de mayor trascendencia del sistema: la aplicación de un estatuto jurídico esencialmente imperativo. A tenor de lo dispuesto en el artículo 28.2 del RDLSP (art. 38.2 de la PSD2), las disposiciones de los Títulos II y III de la norma no pueden ser objeto de renuncia o modificación contractual en perjuicio del consumidor, consagrándose así un núcleo inderogable de protección que sustrae de la autonomía privada aquellos aspectos del contrato que el legislador considera cruciales para la salvaguardia de un consentimiento informado y un adecuado equilibrio de las posiciones contractuales¹⁰⁰.

⁹⁷ Debe advertirse que el artículo 3.1 del TRLGDCU define al consumidor desde una doble perspectiva. Considera como tal, en primer lugar, a la persona física que actúa con un propósito privado, ajeno a su profesión o negocio. En segundo lugar, y como especificidad del derecho español, extiende esta protección a las entidades sin ánimo de lucro, pero solo bajo la estricta y doble condición de que tanto la propia entidad como el acto concreto de consumo sean ajenos a cualquier fin comercial o empresarial.

⁹⁸ Ammannati (2019: 429).

⁹⁹ Vid., por ejemplo, entre otras, SSTJUE (Sala Segunda) de 20 de enero de 2005, *Gruber*, asunto C-464/01 (ECLI:EU:C:2005:32); (Sala Tercera) de 25 de enero de 2018, *Schrems*, asunto C-498/16 (ECLI:EU:C:2018:37); (Sala Segunda) de 14 de febrero de 2019, *Milivojević*, asunto C-630/17 (ECLI:EU:C:2019:123).

¹⁰⁰ Peñas Moyano (2020: Cap. V: 4).

Ahora bien, la eficacia de este mecanismo de tutela depende, en gran medida, del parámetro o estándar con el que se enjuicie la suficiencia de la transparencia ofrecida por el proveedor. El legislador no lo explicita, pero la interpretación de la normativa se ha venido realizando a la luz del arquetipo del «consumidor medio», acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰¹. Este concepto se define tradicionalmente como aquel consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Lejos de ser una mera construcción teórica, este estándar opera como un criterio jurídico fundamental para delimitar el alcance de los deberes de información del empresario. Su finalidad es la de alcanzar un delicado equilibrio: por un lado, ofrecer una protección efectiva al consumidor y, por otro, fomentar su autonomía y responsabilidad, evitando tanto un paternalismo excesivo como la exoneración ante una actuación negligente. Este perfil arquetípico, inspirado en la figura del *homo economicus* neoclásico, encontró un primer nivel de flexibilización en el Considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE. Dicho precepto obliga a ponderar factores contextuales de índole social, cultural y lingüística y, de forma aún más significativa, establece un principio de especialización: cuando una práctica comercial se dirige a un colectivo vulnerable, el análisis debe realizarse desde la óptica del miembro medio de dicho grupo.

En este sentido, la idoneidad misma de este modelo abstracto, aun con sus matizaciones, se ve severamente cuestionada en la actualidad. Las aportaciones de la economía conductual han puesto de manifiesto cómo los agentes económicos, lejos de responder al ideal de racionalidad perfecta, se ven sistemáticamente afectados por sesgos cognitivos que merman su capacidad para procesar información compleja y adoptar decisiones óptimas¹⁰². Esta vulnerabilidad intrínseca se ve, además, exacerbada en el entorno digital por el propio diseño de las interfaces y las técnicas de personalización. La denominada «arquitectura de la elección» en línea puede dirigir sutilmente las decisiones

¹⁰¹ Vid, entre otras, SSTJUE (Sala Quinta) de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide*, asunto C-210/96 (ECLI:EU:C:1998:369); (Sala Octava) de 7 abril de 2022, *Fuhrmann-2-GmbH contra B.*, asunto C-249/21 (ECLI:EU:C:2022:269); (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2022, *absoluts-bikes contra GmbH*, asunto C-179/21 (ECLI:EU:C:2022:353); (Sala Cuarta) de 4 de julio de 2024, *Caixabank S.A. y otros*, asunto C-450/22 (ECLI:EU:C:2024:577); (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 2024; (Sala Novena) de 12 de diciembre de 2024, *NB contra Kutxabank S.A.*, asunto C-300/23 (ECLI:EU:C:2024:1010); (Sala Sexta) de 23 de enero de 2025, *B.V. e. V. contra N.N.E.W GmbH*, asunto C-518/23 (ECLI:EU:C:2025:56); (Gran Sala) de 24 de junio de 2025, *GR REAL s.r.o. contra PO y RT*, asunto C-351/23 (ECLI:EU:C:2025:474).

¹⁰² Vid. Kahneman (2011: 25).

del usuario en beneficio del proveedor, explotando precisamente aquellas flaquezas cognitivas que el modelo tradicional del consumidor medio ignora¹⁰³.

Esta crítica ha comenzado recientemente a permear en la doctrina del Tribunal de Luxemburgo. Un punto de inflexión ha sido establecido por este tribunal en su sentencia de 14 de marzo de 2024, asunto *Compass Banca*¹⁰⁴. En ella, si bien se reitera la definición tradicional del estándar, el Tribunal la despoja de su rigidez al reconocer expresamente que el comportamiento del consumidor no es estático ni puramente racional, admitiendo la incidencia de los sesgos cognitivos y los denominados efectos marco (*framing effects*) en su proceso decisorio. La valoración de la licitud de una práctica, como la venta cruzada de un préstamo y un seguro en este caso particular, no puede basarse en una concepción formal de la transparencia, sino que debe analizar si la forma en que se presenta la información es susceptible de inducir a error a un consumidor con una racionalidad limitada.

Esta evolución doctrinal dialoga directamente con la exigencia de una transparencia funcional y material, especialmente relevante en los entornos digitales de contratación y pago. La suficiencia informativa debe ser calibrada teniendo en cuenta los sesgos que operan en la interacción del usuario con las interfaces digitales. Por ejemplo, durante el proceso de *onboarding*, al prestar el consentimiento para la autenticación reforzada del cliente —SCA—, o al aceptar la contratación conjunta de servicios.

Este diagnóstico ha avivado un debate doctrinal sobre la necesidad de superar el paradigma del consumidor medio¹⁰⁵, propugnando una aproximación más matizada que incorpore diversas tipologías, entre ellas la figura del «consumidor vulnerable». La principal aportación de esta categoría radica en su concepción dinámica y situacional: la vulnerabilidad ya no se entiende como una condición estática e inherente a ciertos colectivos, sino como un estado contextual que puede afectar a cualquier individuo en función de sus circunstancias personales o de la complejidad de la operación contractual que afronta¹⁰⁶.

El legislador español ha positivizado este enfoque en el artículo 3.2 del TRLGDCU, al definir a la persona consumidora vulnerable como aquella que se

¹⁰³ Helberger, et al. (2021: 19).

¹⁰⁴ STJUE (Sala Décima), de 14 de marzo de 2024, *Compass Banca*, asunto C-646/22 (ECLI:EU:C:2025:183).

¹⁰⁵ Esposito y Grochowski (2022: 2).

¹⁰⁶ Barceló Compte (2022: 641).

encuentra en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección. Sin embargo, la eficacia práctica de esta figura presenta una clara asimetría. Su principal aplicación se concentra en la fase precontractual y en el control de las prácticas comerciales desleales, donde se intensifican los deberes de transparencia e información del empresario (arts. 18.2, 19.6 y 20.2 TRLGDCU; art. 4.3 Ley de Competencia Desleal¹⁰⁷). En cambio, su influencia en el régimen sustantivo del contrato —en materias como las cláusulas abusivas o las garantías— es todavía muy limitada, lo que evidencia un desarrollo normativo aún incompleto y un reto pendiente para asegurar una protección plenamente efectiva¹⁰⁸.

En el contexto del actual debate regulatorio, cobra creciente relevancia la idea de replantear el enfoque tradicional del deber de información, superando el modelo basado en la mera acumulación de datos para avanzar hacia una comunicación más funcional y comprensible para el consumidor¹⁰⁹. En lugar de imponer cargas informativas extensas, se propone concentrar los contenidos en elementos realmente relevantes, presentados de forma clara y adaptada al perfil del destinatario. Esta orientación encuentra precedentes en normas como el artículo 10 de la Directiva (UE) 2023/2225 sobre crédito al consumo¹¹⁰ o el artículo 25.2 de MiFID II, que apuestan por criterios de proporcionalidad y pertinencia informativa. La finalidad última sería facilitar una comprensión efectiva de las condiciones ofrecidas y permitir decisiones más conscientes y comparables por parte del consumidor.

IV.3. La extensión del perímetro tuitivo a la microempresa: la figura del «tercer contrato» en el Derecho de pagos

Junto al consumidor, el legislador español, haciendo uso de la facultad que le confería el artículo 28.2 del RDLSP (art. 38.2 de la PSD2)¹¹¹, ha extendido el régimen de

¹⁰⁷ Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (BOE n.º 284, de 24 de noviembre de 2018).

¹⁰⁸ Marín López (2021: 113).

¹⁰⁹ Paglietti y Rabbiti (2022: 592).

¹¹⁰ Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE (DOUE n.º 2225, de 30 de octubre de 2023).

¹¹¹ La extensión de la protección prevista en la PSD2 a las microempresas ha sido aplicada de forma desigual por los Estados miembros de la Unión Europea. Mientras algunos ordenamientos han optado por incorporar expresamente esta categoría en su legislación nacional como es el caso del ordenamiento italiano, otros — como Francia, Austria, Croacia, Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia o Bélgica— han decidido no

protección imperativo a las «microempresas»¹¹². La *ratio* de esta equiparación reside en la constatación fáctica de que estas empresas, por su exigua dimensión económica y su limitada estructura organizativa, se encuentran en una posición de debilidad contractual análoga a la de los consumidores. Su poder de negociación frente a los proveedores de servicios financieros es, en la práctica, inexistente y carecen, por lo general, de los recursos técnicos y jurídicos necesarios para comprender y valorar adecuadamente la complejidad del contrato. Esta opción de política legislativa se inscribe en la corriente doctrinal que, desde hace tiempo, postula la existencia de un «tercer contrato» (*terzo contratto*), a medio camino entre el contrato clásico entre empresarios (primer contrato) y el contrato de consumo (segundo contrato)¹¹³. Se trataría de una categoría de negocios celebrados entre profesionales en los que, no obstante, concurre una marcada asimetría de poder que legitima una intervención legislativa correctora. La protección de la microempresa en el RDLSP es, pues, una manifestación sectorial de esta tendencia que reconoce que la debilidad contractual no es un atributo exclusivo de quien actúa con fines privados.

Con todo, esta asimilación no está exenta de dificultades prácticas y conceptuales. En primer lugar, la verificación de la condición de microempresa por parte de los proveedores puede resultar una tarea compleja, al no existir registros públicos de fácil acceso que acrediten de forma fehaciente el cumplimiento de los umbrales cuantitativos de personal y volumen de negocio¹¹⁴. En segundo lugar, la rigidez de un criterio puramente cuantitativo puede conducir a resultados materialmente paradójicos, dispensando la misma protección a una empresa de base tecnológica altamente especializada en el sector financiero, que a una pequeña empresa artesanal ajena por completo a dicha realidad. Un criterio cualitativo, que atendiera, a imagen del art. 203 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores¹¹⁵, a la experiencia y conocimientos del cliente, podría ofrecer una solución técnicamente más precisa, si bien a costa de una mayor complejidad operativa. Pese a estas objeciones, la equiparación resuelve en estos supuestos de forma pragmática la espinosa cuestión de los actos de doble finalidad, pues

hacerlo, limitando así el ámbito subjetivo de aplicación de las medidas protectoras. Por su parte, el Reino Unido ha mantenido la extensión de su protección expresamente a las microempresas.

¹¹² Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas [notificada con el número C(2003) 1422] (DOUE n.º 124, de 20 de mayo de 2003).

¹¹³ Pardolesi (2004: II) y Gitti (2006: 12).

¹¹⁴ Millán Trashorras (2018: 65).

¹¹⁵ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

si la persona física que contrata el servicio es titular de una microempresa, quedará en todo caso amparada por el régimen tuitivo, eludiendo así las complejas disquisiciones jurisprudenciales sobre el carácter predominante del fin profesional¹¹⁶.

Por último, el artículo 28.2 del RDLSP, en contraste con el régimen imperativo previsto para consumidores y microempresas, consagra el principio de dispositividad para el resto de los usuarios. Así, las empresas que no tienen la condición de microempresa pueden acordar con el proveedor la exclusión, total o parcial, de buena parte de las normas recogidas en los Títulos II y III, partiendo de la presunción de que cuentan con la capacidad técnica y económica necesaria para negociar en un plano de igualdad.

No obstante, esta opción normativa ha sido objeto de crítica al introducir un «doble estándar» que deja en posición de vulnerabilidad a un amplio segmento del tejido empresarial; en particular a las pequeñas y medianas empresas no calificadas como microempresas. La posibilidad de excluir por pacto disposiciones fundamentales —como las referidas a la responsabilidad por operaciones no autorizadas o a la modificación unilateral del contrato— compromete la coherencia del sistema y entra en tensión con el

¹¹⁶ El TRLGDCU no contempla de forma expresa la figura del consumidor de doble finalidad o consumidor mixto, esto es, aquel que celebra contratos que sirven simultáneamente a propósitos personales y profesionales. Las reformas legislativas más recientes —como la Ley 4/2022, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica— han centrado su atención en el consumidor vulnerable, sin incorporar previsiones específicas relativas a esta categoría intermedia. Esta laguna normativa pone de relieve la necesidad de una mayor precisión legislativa, especialmente en el contexto de contratos cuya finalidad escapa a una dicotomía estricta entre uso personal y profesional, generando zonas de nebulosa desde el punto de vista del régimen aplicable.

A este respecto, el TJUE ha contribuido de modo significativo a colmar esta laguna conceptual, con una doctrina en constante evolución. Se transitó desde el restrictivo criterio de la marginalidad, fijado en la STJUE (Sala Segunda) de 20 de enero de 2005, *Gruber*, asunto C-464/01 (ECLI:EU:C:2005:32) hacia el actual y más flexible criterio del uso no predominante. En la STJUE (Sala Quinta) de 8 de junio de 2023, *YYY S.A.*, asunto C-570/21 (ECLI:EU:C:2023:456), el Tribunal de Luxemburgo estableció que una persona debe ser tratada como consumidora si el elemento profesional del contrato es tan limitado que no prevalece en el contexto global de la operación. En dicho pronunciamiento, el Tribunal subrayó que esta interpretación amplia del concepto de consumidor es conforme a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE n.º 95, de 21 de abril de 1993) y se fundamenta en la posición de desventaja de este frente al profesional. Dicha doctrina se ha visto complementada al señalarse que la mera obtención de rentas por parte de una persona física no la convierte, *per se* en profesional si no actúa en el marco de una actividad empresarial organizada [STJUE (Sala Décima) de 24 de octubre de 2024, *L.B y J.L. contra Getin Noble Bank S.A.*, asunto C-347/23 (ECLI:EU:C:2024:919)].

Para un análisis doctrinal de la figura del consumidor mixto, puede verse: Hernández Díaz-Ambrona (2024: 38); Evangelio Llorca (2024: 870); Arroyo Aparicio (2018: 9) y Marín López (2017: 197).

objetivo de armonización máxima perseguido por la PSD2¹¹⁷, orientado a la creación de un mercado de pagos plenamente integrado basado en normas uniformes y previsibles¹¹⁸.

La derogabilidad de determinadas disposiciones abre, además, un debate relevante sobre el enfoque del legislador respecto a la protección del usuario profesional. La cuestión adquiere particular relevancia en el ámbito estrictamente empresarial, donde no intervienen usuarios finales y las partes gozan, en principio, de mayor margen de autonomía.

Desde esta perspectiva, podría entenderse que el cliente profesional queda menos protegido. Sin embargo, esa menor rigidez normativa obedece a la necesidad de adaptar el contenido contractual a intereses específicos, permitiendo a las partes pactar condiciones más complejas y ajustadas a sus necesidades¹¹⁹. En definitiva, el legislador ha buscado un equilibrio entre la autonomía negocial de los operadores profesionales y el mantenimiento de un marco mínimo de protección en los elementos esenciales de la relación contractual.

V. CONCLUSIONES

El régimen jurídico de los servicios de pago, articulado en torno a la PSD2 y su transposición en el ordenamiento español, revela un profundo proceso de transformación que trasciende la mera actualización normativa para adentrarse en una verdadera reconfiguración de las categorías dogmáticas del Derecho bancario. El análisis desarrollado a lo largo de este trabajo permite extraer una serie de conclusiones fundamentales sobre la lógica interna, las tensiones estructurales y la previsible trayectoria evolutiva de este marco regulatorio.

En primer lugar, se constata que la arquitectura del sistema descansa sobre un tríptico de principios rectores —proporcionalidad, transparencia y neutralidad tecnológica— que operan no como meros cánones interpretativos, sino como elementos

¹¹⁷ En última instancia, la implementación de la PSD2 evidencia la tensión estructural que atraviesa el desarrollo del Derecho de consumo en el ámbito comunitario, particularmente en lo relativo al principio de proporcionalidad. Como advierte Weatherill (2013: 62), dicha tensión se expresa en la contraposición entre las estrategias de armonización mínima —que otorgan cierta flexibilidad a los Estados miembros, no exenta del riesgo de fragmentación normativa— y la armonización máxima, que favorece la uniformidad, pero limita la capacidad de adaptación a las especificidades nacionales.

¹¹⁸ Motroni (2019: 424).

¹¹⁹ Sciarrone Alibrandi (2009: 96).

vertebradores del sistema. La proporcionalidad se erige en un instrumento de diseño del mercado, que busca un equilibrio competitivo mediante una regulación asimétrica que, sin embargo, no está exenta de efectos paradójicos, como el riesgo de favorecer la consolidación de grandes conglomerados tecnológicos en detrimento de las *Fintech* emergentes. La transparencia, por su parte, evoluciona desde un mero deber de información hacia una exigencia de inteligibilidad material a fin de garantizar la validez del consentimiento del usuario en el paradigma de la banca abierta. Finalmente, la neutralidad tecnológica, si bien fomenta la innovación al no prescribir soluciones técnicas específicas, genera a su vez zonas de incertidumbre que tensionan la seguridad jurídica y la efectividad de la supervisión.

En segundo lugar, el ámbito de aplicación de la normativa se perfila a través de una compleja dialéctica entre una vocación expansiva y un sistema de exclusiones en permanente crisis evolutiva. La pretensión de alcanzar a las operaciones *one-leg* evidencia una voluntad tuitiva de alcance extraterritorial, cuya eficacia se ve, no obstante, modulada por las limitaciones fácticas del Derecho internacional. De forma simultánea, el perímetro negativo de la norma, definido por exclusiones como la del agente comercial o la de la red limitada, es constantemente desafiado por la sofisticación de los nuevos modelos de negocio, desde las plataformas de *e-commerce* hasta los sistemas *Buy Now, Pay Later*. Mención aparte merece la irrupción de los criptoactivos, que fuerza al legislador a una delicada labor de delimitación conceptual —singularmente entre *E-Money Tokens* y *Asset-Referenced Tokens*— para articular la coexistencia del RDLSP con desarrollos normativos de nuevo cuño como MiCA, generando inevitables fricciones en la frontera entre los servicios de pago y los servicios sobre criptoactivos.

En tercer lugar, la aportación más disruptiva del marco regulatorio es, sin duda, la introducción de los TPP. La regulación de los PISP y de los AISP testimonia un desplazamiento del centro de gravedad regulatorio: desde la tenencia de fondos hacia el acceso a la información de la cuenta como bien jurídico autónomo. La atribución a los PISP de un derecho de acceso a las cuentas de pago gestionadas por los ASPSP, combinada con un régimen de responsabilidad orientado prioritariamente a la tutela inmediata del usuario, representa una innovación de gran trascendencia que altera sustancialmente los equilibrios tradicionales entre competencia y cooperación en el sector. La evolución proyectada hacia un ecosistema de *Open Finance* a través de la propuesta FIDA no hace sino profundizar en esta lógica, extendiendo el derecho de acceso

a un universo de datos financieros mucho más vasto y sentando las bases de un nuevo mercado de la información financiera.

Finalmente, el edificio de protección de la normativa se construye sobre una meritoria, aunque no exenta de debates, delimitación del sujeto protegido. La figura del consumidor, arquetipo del sistema, ve cómo el estándar clásico del «consumidor medio» es puesto en entredicho por las aportaciones de la economía conductual, abriendo paso a la necesidad de atender a la noción más dinámica y contextual de la vulnerabilidad. Asimismo, la decisión del legislador español de extender el régimen tuitivo imperativo a las microempresas supone una notable manifestación sectorial de la doctrina del «tercer contrato», un reconocimiento explícito de que la asimetría contractual no es patrimonio exclusivo de las relaciones de consumo.

En suma, la regulación de los servicios de pago se revela como un campo de pruebas privilegiado para el Derecho privado en la era digital. Nos encontramos ante un sistema dinámico, cuya coherencia y eficacia dependen de una permanente labor de adaptación conceptual y de una interpretación finalista que sepa ponderar los intereses en juego: el fomento de un mercado innovador y competitivo, la salvaguardia de la estabilidad financiera, así como la tutela efectiva de un usuario cuyos derechos se ven expuestos a la creciente complejidad del ecosistema tecnológico.

Bibliografía

- ALONSO LEDESMA, C. (2018), «Los nuevos proveedores de servicios de pagos: una primera aproximación a la Segunda Directiva de Servicios de Pagos», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, n.º 1 (pp. 1–33).
- ALONSO LEDESMA, C. (2019), «La desintermediación en los medios de pago», en A. F. MUÑOZ PÉREZ (dir.), *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Tecnos, Madrid (pp. 483–503).
- ALVARADO HERRERA, L. (2017), «El servicio de iniciación de pagos en la Directiva 2015/2366 sobre servicios de pago en el mercado interior», *La Ley Mercantil*, n.º 34, en [Legalteca].
- ALVARADO HERRERA, L. (2025), «PSD3 and the Regulation on Payment Services in the Context of Crypto Assets as a Means of Payment», en PASTOR SEMPERE, M. C. (dir.), *Governance and Control of Data and Digital Economy in the European Single Market: Legal Framework for New Digital Assets, Identities and Data Spaces*, Springer, Cham (pp. 373–394).

- AMMANNATI, L. (2019), «Il paradigma del consumatore nell'era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?», en F. CAPRIGLIONE (ed.), *Liber Amicorum Guido Alpa*, CEDAM – Wolters Kluwer Italia, Padua (pp. 427–448).
- ARNER, D. W.; BARBERIS, J.; BUCKLEY, R. P. (2022), «Financial Data Governance: The Datafication of Finance, the Internet of Things, and the Internet of Value», *SSRN Electronic Journal*. Disponible en: <https://ssrn.com> (consulta: 29.07.2025).
- ARROYO APARICIO, A. (2018), «Noción de consumidor para el Derecho Europeo (Noción del Reglamento 1215/2012 versus la de las Directivas de protección de los consumidores)», *Revista Electrónica de Derecho*, vol. 15, n.º 1 (pp. 9–38).
- AWREY, D.; MACEY, J. (2023), *The Promise & Perils of Open Finance*, University of Chicago Law School, Chicago Unbound. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu> (consulta: 29.07.2025).
- BALSAMO TAGNANI, S. (2018), «Il mercato europeo dei servizi di pagamento si rinnova con la PSD2», *Contratto e Impresa*, n.º 1 (pp. 609–624).
- BANCO DE ESPAÑA (2024), *Crédito al consumo: un segmento en crecimiento en medio de un descenso generalizado del crédito. Intervención en el VI Foro Banca Consumer, Axactor, Madrid, 11 de abril de 2024*. Dirección General de Supervisión.
- BARCELÓ COMPTE, R. (2022), «El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-based a la protección state-based», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 16 (pp. 626–653).
- BEN-SHAHAR, O.; SCHNEIDER, C. E. (2014), *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, Princeton.
- BERTI DE MARINIS, G. M. (2018), «La tutela del cliente ‘vulnerabile’», *Banca Borsa e titoli di credito* (pp. 651–676).
- BORGOGNO, O.; COLANGELO, G. (2021), «Open Banking and the Ambiguous Competitive Effects of Data Portability», *Competition Policy International, Antitrust Chronicle*.
- BUCKLEY, R. P.; ARNER, D. W.; ZETZSCHE, D. A. (2023), *FinTech: Finance, Technology and Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BUESO GUILLÉN, P. J. (2021), «Servicios de pago, sistemas de pago y derecho de la competencia», en MARTÍ MIRAVALLS, J. (dir.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Tirant Lo Blanch, Valencia (pp. 215–232).
- CARRIERE, P. (2023), «Decreto Fintech e MICAR: il quadro normativo sulle cripto-attività», *Diritto Bancario*, mayo (pp. 1–19).
- CASTILLO OLANO, A. (2020), «European payments in the foreseeable future: in pursuit of a coherent legal framework for stablecoins», *Ianus*, n.º 22 (pp. 78–79).
- CASTILLO OLANO, A. (2024.a), *Delimitación conceptual de los servicios de pago en el Derecho español*, Atelier, Barcelona.

- CASTILLO OLANO, A. (2024.b), «Pasado, presente y futuro de la legislación de servicios de pago en la Unión Europea», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 34, enero, Editorial La Ley, en [Legalteca].
- CATENACCI, M.; FORNASARO, C. (2018), «PSD2: i prestatori di servizi d'informazione sui conti (AISPS)», *Diritto Bancario*, n.º 4 (pp. 1–8).
- COMISIÓN EUROPEA (2023a), *Explanatory Memorandum – Proposal for a Regulation on payment services in the internal market*, COM(2023) 367 final, 28 de junio.
- COMISIÓN EUROPEA (2023b), *Study on the application and impact of Directive (EU) 2015/2366 on payment services (PSD2)*, Bruselas: Comisión Europea – CEPS.
- COMISIÓN EUROPEA (2023c), *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application and impact of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2)*, COM(2023) 365 final, 28 de junio. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu> (consulta: 29.07.2025).
- CONESA LAREO, C.; GORJÓN RIVAS, S.; RUBIO ORTEGA, G. (2018), «Un nuevo régimen de acceso a las cuentas de pago: la PSD2», *Revista de Estabilidad Financiera*, n.º 35 (pp. 81–102).
- CRISTENSEN, L. D. (2024), «The New Financial Information Service – Changing the Market of Information Services for the Better?», *European Business Law Review*, vol. 35, n.º 6 (pp. 905–924).
- DELLA NEGRA, F. (2023), *Financial Services Contracts in EU Law*, Oxford University Press, Oxford.
- DE PASCALIS, F. (2022), «The Journey to Open Finance: Learning from the open banking movement», *European Business Law Review*, vol. 33, n.º 3 (pp. 397–420).
- EBA (2019), *Consumer Trends Report 2022/23*, European Banking Authority, París.
- EBA (2020), *Opinion of the European Banking Authority on obstacles under Article 32(3) of the RTS on SCA*, European Banking Authority, París (pp. 9–10).
- EBA (2022.a), *Guidelines on the limited network exclusion under PSD2*, European Banking Authority, París.
- EBA (2022.b), *Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2)*, European Banking Authority, París.
- EBA (2022.c), *Report on non-bank lending: Response to the European Commission Call for Advice on Digital Finance*, European Banking Authority, París, mayo.
- EBA (2019), *Final Report. EBA Guidelines on ICT and security risk management*, European Banking Authority, París.
- ESMA (2014), *Recitals to Directive 2014/65/EU (MiFID II)*, Recitals 3–4. Disponible en: Interactive Single Rulebook – MiFID II Recitals, París: European Securities and Markets Authority (consulta: 29.07.2025).

- ESPOSITO, F.; GROCHOWSKI, M. (2022), «The Consumer Benchmark, Vulnerability, and the Contract Terms Transparency: A Plea for Reconsideration», *European Review of Contract Law*, vol. 18, n.º 1 (pp. 1–31).
- EVANGELIO LLORCA, R. (2024), «El concepto de consumidor en el acervo comunitario a la luz de la jurisprudencia del TJUE», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 20 (pp. 870–909).
- FALCE, V. (2024), «Verso l'Open Finance», en FALCE, V.; MORERA, U. (eds.), *Dall'open banking all'open finance*, Giappichelli, Turín (pp. 1–32).
- FERNÁNDEZ, B.; BERCEDO, M. (2024), «Perspectivas para las entidades de dinero electrónico bajo PSD3 tras la sentencia del TJUE», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 1006, (BIB\2024\502).
- FOÀ, D. (2023), *La regolazione dei Third Party Providers nell'ambito della disciplina della PSD2*, Luiss Guido Carli, Roma.
- FRATINI, F. (2019), *La tutela del usuario de servicios de pago en la Payment Services Directive 2*, Universidad de Salamanca.
- GABASSI, G.; LANGER, S. (2018), «Obblighi informativi nel settore dei servizi di pagamento: considerazioni diotopiche tra diritto nazionale italiano e austriaco e diacroniche tra PSD e PSD2», *Contratto e Impresa*, vol. 34, n.º 2 (pp. 651–676).
- GIMIGLIANO, G. (2021.a), «European Law of Money and Payments: Looking across Governance Models», en PROFETA, V. (coord.), *Competition and Payment Services*, Consob Quaderni di Ricerca Giuridica, n.º 93, Consob (pp. 19–26).
- GIMIGLIANO, G. (2021.b), «Transparency of conditions and information requirements for payment services», en GIMIGLIANO, G.; BOŽINA BEROŠ, M. (eds.), *The Payment Services Directive II*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (pp. 103–120).
- GIMIGLIANO, G. (2022), «Payment Tokens and the Path towards MiCA», *The Italian Law Journal*, vol. 8 (pp. 353–374).
- HARASIM, J. (2021), «FinTechs, BigTechs and banks—when cooperation and when competition?», *Journal of Risk and Financial Management*, vol. 14, n.º 12 (pp. 614–628).
- HELBERGER, N.; LYNSKEY, O.; MICKLITZ, H.-W.; ROTT, P.; SAX, M.; STRYCHARZ, J. (2021), *EU Consumer Protection 2.0. Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets*, Bruselas: The European Consumer Organisation (BEUC).
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D. (2024), «La evolución del concepto de consumidor: la ficción del consumidor medio», *Revista de Derecho Privado*, vol. 108, n.º 5 (pp. 27–60).
- KAHNEMAN, D. (2011), *Thinking, Fast and Slow*, Penguin Books, Nueva York.

- LO CONTE, R. (2023), «I Third Party Providers e l'accesso ai conti bancari nella disciplina giuridica dei servizi di pagamento. Problemi e prospettive», *Il Diritto dell'Economia*, vol. 110, n. ° 1 (pp. 211–250).
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2017), «La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 22 (pp. 197–206).
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2021), «El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 37 (pp. 111-120).
- MARÍN PALOMINO, C.; GARCÍA ALCORTA, J. (2025), «La evolución de los servicios de pago y su reflejo en la regulación europea», *Revista de Estabilidad Financiera*, Banco de España, n.º 48 (primavera) (pp. 66–83).
- MARTÍ MIRAVALLS, J. (2018), «Retos jurídicos del Fintech», en O'FLYNN, A.; MARIMÓN DURÁ, R.; MARTÍ MIRAVALLS, J. (dirs.), *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros: Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (pp. 151-169).
- MILLÁN TRASHORRAS, J. L. (2018), «Transparencia de las condiciones», en URÍA FERNÁNDEZ, F.; CARPINTERO PÉREZ, A. (coords.), *Servicios de Pago: adaptación a la Directiva PSD II*, Francis Lefebvre, Madrid (pp. 61–84).
- MINTO, A. (2024), «Token di moneta elettronica e problemi di coordinamento tra il Market in Crypto Assets Regulation (“MiCAR”) e la disciplina sulla prestazione dei servizi di pagamento», en PERASSI, M.; RABITTI, M.; SARTORI, F.; TROIANO, V. (eds.), *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993–2023): The Test of Time*, Quaderni di Ricerca Giuridica, n.º 100, Consob, Roma (pp. 87–104).
- MINTO, A.; URBANI, A. (2024), «Brevi riflessioni sul coordinamento tra «MiCAR» e assetti normativi limitrofi», *Banca Impresa Società* (pp. 350–358).
- MOTRONI, R. (2019), «La PSD2 tra soggetti e oggetto della tutela», *Il Diritto dell'Economia*, n. ° 2, (pp. 411–442).
- PAGLIETTI, M. C. (2020), «Questioni in materia di prova nei casi di pagamenti non autorizzati», en PAGLIETTI, M. C.; VANGELISTI, M. I. (eds.), *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2*, Roma Tre-Press, Roma (pp. 43–80).
- PAGLIETTI, M. C.; RABITTI, M. (2022), «A Matter of Time. Digital-Financial Consumers' Vulnerability in the Retail Payments Market», *European Business Law Review*, vol. 33, n. ° 4 (pp. 581–605).
- PARACAMPO, M. T. (2022), «Il percorso evolutivo ed espansivo delle regulatory sandboxes da FinTech ai nuovi lidi operativi del prossimo futuro», *Federalismi.it*, n.º 18 (pp. 207–222).
- PEÑAS MOYANO, M. J. (2020), *Régimen jurídico de los servicios de pago en el Derecho español*, Aranzadi, Navarra, en [Proview].

- PICCINNO, M. (2023), «La responsabilità della banca e dei third party providers (TPPs) per operazioni fraudolente alle soglie della riforma della “PSD2”», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. ° 18 (pp. 1738–1765).
- POLASIK, M. et al. (2024), «Evaluating the Regulatory Approach to Open Banking in Europe: An Empirical Study», *Financial Law Review*, vol. 34, n. ° 2, pp. 58–90.
- PROFETA, V. (2019), «I Third Party Provider: profili soggettivi e oggettivi», in MAIMERI, F.; MANCINI, M. (eds.), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia (pp. 47–82).
- RABBITI, M.; SCIARRONE ALIBRANDI, A. (2019), «I servizi di pagamento tra PSD2 e GDPR: Open Banking e conseguenze per la clientela», in CAPRIGLIONE, F. (ed.), *Liber Amicorum Guido Alpa*, CEDAM-Wolters Kluwer Italia, Padua (pp. 711–735).
- ROMERO FERNÁNDEZ, J. A. (2019), «La transformación del tradicional sistema de pagos: los nuevos terceros proveedores tras el RDL 19/2018», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 38, n.° 156, (BIB\2019\9848).
- ROPPO, V. (2007), «Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)», *Rivista di Diritto Privato*, n. ° 4 (pp. 669–680).
- SCIARRONE ALIBRANDI, A. (2020), «Impostazione sistematica della Direttiva PSD2», in PAGLIETTI, M. C.; VANGELISTI, M. I. (eds.), *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento di interessi nella PSD2*, Roma (pp. 13–23).
- SCIARRONE ALIBRANDI, A. (2009), «Le regole contrattuali», in RISPOLI FARINA, M.; SANTORO, V.; SCIARRONE ALIBRANDI, A.; TROIANO, O. (eds.), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, Giuffrè, Milán (pp. 95–112).
- SERTOLI, C. (2021), «I nuovi soggetti di diritto. Funzioni, diritti e obblighi dei Third Party Providers», in GENOVESE, A.; FALCE, V. (eds.), *Consob Quaderni FinTech: La portabilità dei dati in ambito finanziario*, n.° 8, Consob (pp. 144–165).
- SUNSTEIN, C. (2015), «Nudging and Choice Architecture: Ethical Considerations», *Yale Journal on Regulation*, vol. 32 (pp. 413–450).
- TAPIA HERMIDA, A. J. (2018), «La Segunda Directiva de Servicios de Pago», *Revista de Estabilidad Financiera*, n.° 35 (pp. 57–80).
- TAPIA HERMIDA, A. J. (2019), «La regulación de los servicios de pago por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre. Una visión panorámica», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.° 155, (BIB\2019\7323).
- TROIANO, O. (2012), «Voce Contratto di pagamento», in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Giuffrè, Milán (pp. 392–421).

- WEATHERILL, S. (2013), *EU Consumer Law and Policy*, 2.^a ed., Elgar European Law Series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- ZETZSCHE, D. A.; BUCKLEY, R. P.; BARBERIS, J. N.; ARNER, D. W. (2017), «Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation», *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, vol. 23, n.º 1, pp. 4–67.
- ZETZSCHE, D.; SINNIG, J. (2025), «The EU Approach to Digital Currencies», *Law and Contemporary Problems*, vol. 87, n.º 2 (pp. 157–183).
- ZUNZUNEGUI, F. (2020), «Luces y sombras de la transposición de la Directiva de servicios de pagos (PSD2)», *Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper*, n.º 5 (pp. 1–19).
- ZUNZUNEGUI, F. (2021), «Spain's Implementation of PSD2», en GIMIGLIANO, G.; BOŽINA BEROŠ, M. (eds.), *The Payment Service Directive II: A Commentary*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (pp. 406–424).

Relación jurisprudencial

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE/TJCE)

- Sentencia (Sala Quinta) de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide*, asunto C-210/96 (ECLI:EU:C:1998:369).
- Sentencia (Sala Segunda) de 20 de enero de 2005, *Gruber*, asunto C-464/01 (ECLI:EU:C:2005:32).
- Sentencia (Sala Tercera) de 25 de enero de 2017, *Bawag*, asunto C-375/15 (ECLI:EU:C:2017:38).
- Sentencia (Sala Tercera) de 25 de enero de 2018, *Schrems*, asunto C-498/16 (ECLI:EU:C:2018:37).
- Sentencia (Sala Segunda) de 14 de febrero de 2019, *Milivojević*, asunto C-630/17 (ECLI:EU:C:2019:123).
- Sentencia (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2020, *DenizBank AG contra Verein für Konsumenteninformation*, asunto C-287/19 (ECLI:EU:C:2020:897).
- Sentencia (Sala Octava) de 7 de abril de 2022, *Fuhrmann-2-GmbH contra B.*, asunto C-249/21, (ECLI:EU:C:2022:269).
- Sentencia (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2022, *absolut-bikes contra GmbH*, asunto C-179/21 (ECLI:EU:C:2022:353).
- Sentencia (Sala Quinta) de 8 de junio de 2023, *YYY S.A.*, asunto C-570/21 (ECLI:EU:C:2023:456).
- Sentencia (Sala Quinta) de 22 de febrero de 2024, *ABC Projektai*, asunto C-119/22 (ECLI:EU:C:2024:148).
- Sentencia (Sala Cuarta) de 4 de julio de 2024, *Caixabank S.A. y otros*, asunto C-450/22 (ECLI:EU:C:2024:577).

Sentencia (Sala Quinta) de 11 de julio de 2024, *UA contra Eurobank Bulgaria AD*, asunto C-409/22 (ECLI:EU:C:2024:600).

Sentencia (Sala Décima) de 24 de octubre de 2024, *L.B y J.L. contra Getin Noble Bank S.A.*, asunto C-347/23 (ECLI:EU:C:2024:919).

Sentencia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 2024, *Compass Banca S.p.A. contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, asunto C-646/22 (ECLI:EU:C:2024:945).

Sentencia (Sala Novena) de 12 de diciembre de 2024, *NB contra Kutxabank S.A.*, asunto C-300/23 (ECLI:EU:C:2024:1010).

Sentencia (Sala Sexta) de 23 de enero de 2025, *B.V. e. V. contra N.N.E.W GmbH*, asunto C-518/23 (ECLI:EU:C:2025:35).

Sentencia (Gran Sala) de 24 de junio de 2025, *GR REAL s.r.o. contra PO y RT*, asunto C-351/23 (ECLI:EU:C:2025:474).

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (XII): MAYO - AGOSTO 2025

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE
Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, *Civil*
Catedrático de Derecho Civil

Cómo citar / Citation

García Vicente, J. R. (2025).
Crónica jurisprudencial (XII): mayo – agosto 2025
Cuadernos de Derecho Privado, 12, pp. 157-182
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.83>

(Recepción: 26/07/2025; aceptación: 03/09/2025; publicación: 03/09/2025)

Resumen

En esta crónica se da cuenta de la doctrina del Tribunal Supremo en el periodo que se considera. En particular de las sentencias de pleno sobre exoneración del pasivo insatisfecho, derechos de retracto en los arrendamientos de vivienda o el cambio de jurisprudencia respecto al tiempo en que se aplica el baremo de daños en casos distintos a los accidentes de tráfico. También se relacionan algunas otras sentencias de interés del propio Tribunal Supremo

Palabras clave

Abuso del derecho; buena fe objetiva; cartas de patrocinio; daño moral; datos personales; derechos de adquisición preferente; desistimiento contractual; exoneración del pasivo insatisfecho; lucro cesante; nulidad partición hereditaria; pactos de non cedendo; prescripción acción reivindicatoria; seguro de pérdida de beneficios; valoración daño corporal.

Abstract

This chronicle outlines the legal doctrine laid out by the Supreme Court during the period under review. It specifically addresses plenary judgments concerning «fresh start» rules in insolvency proceedings, the right of first refusal in residential lease agreements, and the shift of jurisprudence regarding the legal compensation schedule of personal damages in cases unrelated to traffic accidents. Additionally, it includes a selection of other noteworthy rulings issued by the Supreme Court.

Keywords

Abuse of rights, good faith, letters of comfort, non-pecuniary damages, personal data, right of first refusal, right of withdrawal, fresh-start in insolvency proceedings, loss of profits, annulment of inheritance partition, non-assignment clauses, prescription of reivindicatory action, business interruption insurance, assessment of personal damages.

1.- Antes de dar cuenta de algunas de las sentencias recaídas en el periodo que aquí consideramos, permítanme un par de apuntes. Uno sobre la jurisprudencia, que es la razón de ser de esta *Crónica*. Otro sobre la buena fe en sentido objetivo, pieza principalísima del sistema jurídico.

Sobre la jurisprudencia reproduzco este pasaje del estupendo trabajo de M. Gascón Abellán: “[Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?](#)”, *La construcción del precedente en el Civil Law*, M. Gascón / Á. Núñez (coords.), Atelier, Barcelona, 2020, pp. 165-189. Arranca con una pregunta: “¿Es capaz la jurisprudencia -tal y como se conforma y usa- de reducir la diversidad de interpretaciones del sistema?” La autora considera que no y lo explica así -p. 177-:

“... la jurisprudencia se resuelve muchas veces, de facto, en una caótica urdimbre de enunciados interpretativos fragmentados y con frecuencia contradictorios. Y que una de las causas fundamentales del fenómeno (aunque desde luego no la única) es la falta de una rigurosa y clara fundamentación de las sentencias que impide que estas puedan generar un canon claro para resolver casos futuros”.

Es hora, creo, de que haya una mayor y mejor comunicación entre los filósofos del Derecho y los privatistas (en general con los juristas de cualquier rama) puesto que su instrumental es muy útil y cambiar de perfil nos ayuda sobremanera a conocer el propio. Aunque, justo es decirlo, hay quien lleva tiempo en ese empeño.

La buena fe y el abuso del derecho son institutos en parte inasibles, quizá porque soportan un exceso de afirmaciones redundantes y porque el elenco de circunstancias en las que cabe reputar una conducta como contraria a la buena fe (y todas las abusivas lo son) no se enuncia por la jurisprudencia en la mayor parte de los casos con la suficiente claridad, posiblemente por el temor a crear una regla “general” que comprometa el futuro, en una suerte de paradójica contradicción con la función que, al menos, un tribunal de casación debe desenvolver.

Sobre la buena fe últimamente puede verse la [Directiva \(UE\) 2024/1069, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de abril relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas \(“demandas estratégicas contra la participación pública”\)](#) (que ya mencionamos en la *Crónica* 11, *sub* 1). Esta Directiva se dicta para disuadir de la interposición de esas acciones por aquellos que pueden con facilidad soportar su coste -*cf*: Considerando 17- frente a quienes, de modo ocasional o sin recursos análogos, expresan la posición de la sociedad civil (periodistas, medios de comunicación, defensores de derechos humanos,

organizaciones no gubernamentales o académicos) sobre asuntos de interés general y controvertidos para el litigante que, con su acción pretende, sobre todo, silenciar el debate público sobre esos asuntos (cfr. Considerandos 15, 28, 42 y 46). En otras palabras, se persigue rechazar el ejercicio torticero de acciones judiciales (recuérdense los arts. 11 LOPJ y 274 LEC).

Reproduzco el apartado 3 de su artículo 4 que define lo que entiende por “acciones judiciales abusivas contra la participación pública” (un precepto prescindible, superfluo). Son [abusivas]:

“las acciones judiciales que no se interponen para hacer valer o ejercer realmente un derecho, sino que tienen por objetivo principal impedir, restringir o penalizar la participación pública, a menudo explotando un desequilibrio de poder entre las partes, y en los que se formulan pretensiones infundadas. Los indicios de tal objetivo incluyen, por ejemplo:

- a) el carácter desproporcionado, excesivo o irrazonable de la demanda o de parte de ella, incluida la cuantía excesiva del litigio;
- b) la existencia de procesos múltiples iniciados por el demandante o partes asociadas en relación con asuntos similares;
- c) la intimidación, el acoso o las amenazas por parte del demandante o de sus representantes, antes del proceso o durante este, así como cualquier conducta similar por parte del demandante en asuntos similares o concurrentes;
- d) el uso con mala fe de tácticas procesales, como la prolongación del proceso, la búsqueda fraudulenta o abusiva de un foro de conveniencia o el archivo de asuntos en una fase posterior del proceso con mala fe.”

2.- Las sentencias de pleno del Tribunal Supremo dictadas en este periodo son las siguientes.

En primer lugar, la sentencia [383/2025, de 13 de marzo](#) (A. García Martínez) sobre protección de datos: en particular, resuelve un asunto en el que se debatía el acceso por una persona no autorizada a datos contenidos en una carpeta compartida (*sub* 3).

En segundo lugar, la sentencia [450/2025, de 20 de marzo](#) (I. Sancho Gargallo) que se refiere a la interpretación de las normas relativas a la exoneración del pasivo insatisfecho antes de la reforma del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal* (TRLR) en virtud de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, *de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva,*

exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (sub 4). En tercer lugar, la sentencia [592/2025, de 21 de abril](#) (P.J. Vela Torres) relativa a la interpretación del artículo 25.7 LAU. La sentencia se pronuncia sobre el alcance del retracto y tanteo arrendaticio en caso de venta en globo (*sub 5*) y ha sido comentada, entre otros, por Fernando Pantaleón en *almacén de derecho*, mayo 2025, [aquí](#).

En cuarto lugar, las sentencias [602/2025, de 21 de abril](#) (J.L. Seoane Spiegelberg), [603/2025, de 21 de abril](#) (A. García Martínez) y [604/2025, de 21 de abril](#) (M^a Á. Parra Lucán), respecto a si los contratos de seguro de pérdida de beneficios por paralización de actividad comprendían o daban cobertura a un supuesto como la pandemia que sufrimos hace pocos años. En ellas reaparece la distinción entre cláusulas “limitativas” (relativas a los derechos que ostenta el asegurado en caso de siniestro) y “delimitadoras”, es decir, aquellas que fijan cuál es el riesgo que se asegura (*sub 6*).

En quinto lugar, la sentencia [951/2025, de 17 de junio](#) (M^a Á. Parra Lucán) (*sub 7*) que, en un caso de daños por asbesto, adopta el cambio de doctrina sobre la aplicación del sistema de valoración introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, *de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*, a hechos sucedidos “antes” de su entrada en vigor en ámbitos ajenos a la circulación, en los que el baremo de tráfico se aplica de forma orientativa. Cabe advertir que el texto ha sufrido una nueva reforma recentísimamente: así la Ley 5/2025, de 24 de julio, *por la que se modifican el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*.

Se ha dictado también la sentencia [770/2025, de 19 de mayo](#) (A. García Martínez) que fija doctrina sobre el transcurso del plazo para la interposición del recurso de casación y el auto de complemento -aunque materialmente lo único que hiciera el auto fuera corregir un error de transcripción- de la sentencia que se recurre. La sentencia señala que aquel empieza a correr desde que se notifica el auto de corrección o complemento (fundamento de derecho 1.º).

De la sentencia [943/2025, de 16 de junio](#) (P.J. Vela Torres) que por su fecha corresponde a esta Crónica, daremos cuenta en la próxima por causa de su extensión y relaciones con la doctrina del TJUE.

3.- En la sentencia [383/2025, de 13 de marzo](#) (A. García Martínez) se discutía si la publicación en una carpeta digital compartida de datos relativos a la vida privada de una empleada de la demandada derivados de una demanda por acoso laboral que, por falta de las oportunas medidas de seguridad, llegó a conocimiento de terceras personas, era una intromisión ilegítima en la intimidad personal de la empleada. La instancia desestimó la demanda y en apelación se desestimó el recurso. Se argumentaba desde la intromisión ilegítima en la intimidad y no desde las normas de protección de datos -sobre las que el Tribunal también se pronuncia, fundamento de derecho 2.º, apartados 3.1 a 3.3-. Afirma el Tribunal en el apartado 3.8:

“Sin embargo, la LOPDH no impone tales condiciones. En los apartados 3 y 4 de su art. 7 no exige que la divulgación, revelación o publicación de datos privados o de carácter íntimo sea intencional ni que busque causar un perjuicio. Basta con que su exposición se produzca para que, en principio, se considere una intromisión ilegítima. O dicho con otras palabras, la divulgación, la revelación o la publicación se considera intromisión ilegítima por el mero hecho objetivo de la exposición o puesta a disposición del público de tales datos, sin que sea necesario, además, el elemento subjetivo de la intencionalidad y el propósito de perjudicar.

Por lo tanto, la cuestión clave no es si la demandada pretendía divulgar la información o perjudicar a la demandante, sino si, como resultado de su conducta o comportamiento, ya sea activo u omisivo, los datos privados o íntimos de aquella quedaron expuestos a terceros sin causa de justificación.

En este caso, la falta de medidas de seguridad adecuadas permitió que un documento con datos personales de naturaleza privada e íntima de la demandante estuviera accesible en una carpeta compartida, a la que podían ingresar sin restricción personas ajenas a ella y carentes de autorización.

El hecho de que el documento no estuviera destinado a terceros no desvirtúa la realidad objetiva de que fue efectivamente accesible para ellos. La accesibilidad de una información no depende de la intención con la que se almacene, sino de su exposición en un entorno donde terceros pueden consultarla. Lo determinante es que la falta de medidas

de seguridad permitió que la información privada e íntima de la demandante quedara disponible para personas no autorizadas, como ocurrió con la Sra. Natividad.

Asimismo, el hecho de que el archivo fuera eliminado de inmediato no evitó que fuera [accesado](#). La intromisión ilegítima se consume en el momento en que los datos privados e íntimos quedan expuestos sin causa que lo justifique, sin que sea necesario que la divulgación sea masiva ni prolongada en el tiempo. La eliminación posterior del documento no borra el hecho de que se produjo un acceso indebido ni revierte la afectación al derecho a la intimidad de la demandante.

Por otro lado, el argumento de la Audiencia Provincial sobre la accidentalidad de la revelación no excluye la existencia de una intromisión ilegítima. La protección del derecho a la intimidad no se limita a los casos en que la divulgación es voluntaria, sino que también comprende situaciones en las que la exposición indebida se produce por negligencia o falta de diligencia en la adopción de medidas de seguridad adecuadas. En este caso, la demandada tenía la obligación de garantizar la confidencialidad del documento, implementando medidas técnicas y organizativas para evitar el acceso por parte de personas no autorizadas. La omisión de tales medidas constituye un incumplimiento que derivó en la exposición indebida de datos sensibles. Esta situación configura una vulneración del derecho a la intimidad, independientemente de que no haya existido una intención expresa de divulgar la información o de causar perjuicio a la demandante. En consecuencia, procede estimar el recurso, casar la sentencia y asumir la instancia para determinar, teniendo en cuenta lo pretendido y las circunstancias del caso, las medidas que se deben adoptar para poner fin a la intromisión ilegítima”

4.- La sentencia [450/2025, de 20 de marzo](#) (I. Sancho Gargallo), se pronuncia sobre un aspecto del régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho (ahora ya no se denomina “beneficio”, sin que se sepa por qué), en particular si la redacción original de los artículos 491.1 y 497.1 1.º TRLC, que excluía de la exoneración los créditos de “derecho público” (y, no se olvide, de “alimentos”) respeta los límites de la delegación legislativa que constitucionalmente entraña toda refundición (art. 82 de la Constitución). El ponente ya se había pronunciado sobre el particular, véase su trabajo “Consideraciones sobre la refundición de la legislación concursal y su adecuación a la jurisprudencia”, en *Anuario de Derecho concursal* 51 (2020), pp. 27-34.

Lo que debería juzgarse es si se rebasan tales límites, no si se hace con respeto (o con ausencia) a la tutela de unos u otros intereses. Esto es, no es la bondad de la norma lo que debería juzgarse sino si el legislador se extralimita o no en su cometido.

El precepto que se refunde, el artículo 178 *bis* 5.1.º LC, en la redacción dada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, concernía a un ámbito específico que había sido fijado por la propia sala: así en las sentencias [150/2019, de 13 de marzo](#) y pleno, [381/2019, de 2 de julio](#) (ambas con ponencia de I. Sancho Gargallo).

El periodo a considerar es el que media entre el 1 de septiembre de 2020 y el 25 de septiembre de 2022 (fecha en la que entra en vigor la reforma del TRLC hecha por la Ley 16/2022). La respuesta al interrogante se halla en el fundamento de derecho 2.º:

“2. *Resolución del tribunal*. Procede desestimar el motivo por las razones que expone-mos a continuación.

Nos encontramos en un concurso de acreedores de un particular, consecutivo a un intento de acuerdo extrajudicial de pagos, que se abrió después de que se aprobara el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley Concursal. Un caso en que resulta de aplicación la normativa del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC), en la versión aprobada por el Decreto Legislativo. Esta normativa ha sido modificada más tarde por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

La determinación de la normativa aplicable y sus parámetros temporales es muy importante para entender bien la cuestión planteada en el recurso.

Esta sala tuvo la oportunidad de interpretar el art. 178 *bis* LC, que regulaba la exoneración del pasivo insatisfecho. Como advertimos en la sentencia de pleno [381/2019, de 2 de julio](#) (I. Sancho), se trataba de una norma de difícil comprensión, que requería de una interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación.

Cumplidos los presupuestos previstos en los tres primeros ordinales del art. 178 *bis*.3 LC, la ley permitía optar por una exoneración inmediata, conforme al ordinal 4.º del art. 178 *bis*.3 LC, o por una exoneración en cinco años y sujeta a un plan de pagos, conforme al ordinal 5.º del art. 178 *bis*.3 LC. Cada una de estas vías conllevaba el cumplimiento de unos requisitos propios.

3. *Exoneración inmediata*. En el caso de la exoneración inmediata, el ordinal 4.º del art. 178 *bis*.3 LC, cumplida la exigencia de que se hayan pagado los créditos contra la masa,

los créditos con privilegio y, si no se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25% de los créditos ordinarios, no establecía limitación alguna en cuanto al alcance de la exoneración de los créditos.

El texto refundido, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, regula esta norma en el art. 491 TRLC. Este precepto reproduce el requisito previo de haberse satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y concursales privilegiados, así como, para el caso en que no se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos ordinarios, e introduce unas excepciones al alcance de la exoneración que no se contenían en el ordinal 4.º del artículo 178 *bis.3* de la Ley. El artículo 491.1 del texto refundido prescribe que, en esos casos, “el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos”.

Estaba claro que bajo la regulación de la Ley Concursal (antes del texto refundido), la opción por la exoneración inmediata del ordinal 4.º del artículo 178 *bis.3* de la Ley, cumplidos los requisitos mencionados, daba lugar a la exoneración de todos los restantes créditos ordinarios y subordinados, incluidos los créditos de derecho público y por alimentos.

La introducción de esas excepciones donde no existían, no colma una laguna, ni aclara o precisa el sentido de la norma legal refundida, sino que altera gravemente el equilibrio de intereses ponderados en la Ley para la concesión de este beneficio, mediante el reconocimiento de un privilegio a unos acreedores del que no gozaban antes, con la consiguiente discriminación para los restantes acreedores y el agravamiento de las condiciones para lograr la exoneración total del pasivo del deudor concursado. No cabe invocar una armonización de normas cuando se altera gravemente el equilibrio de intereses y derechos, esto es, cuando se alteran respecto de la situación anterior las reglas que configuraban la *par condicio creditorum* al acudir a la exoneración inmediata.

4. Como es sabido, al regular esta modalidad de Decreto Legislativo, el apartado 5 del art. 82 de la Constitución prevé que “*la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos*”.

Fue la Disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, la que autorizó al Gobierno para elaborar y aprobar un Texto Refundido de la Ley Concursal. Tal y como se señalaba en la Orden del Ministerio de Justicia de 20 de enero de 2016, por la que se constituía en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación una propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal, la autorización era para “regularizar”, “aclarar” y “armonizar” los textos legales objeto de refundición. De tal forma que la autorización conferida lo fue en los términos más amplios, comprendiendo, por tanto, la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos objeto de la refundición.

Pero aún bajo estos términos más amplios, esta función de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición “[s]upone la posibilidad de alterar la sistemática de la ley y la literalidad de los textos para su depuración, clarificación y armonización, pero sin que el texto refundido que se apruebe pueda incluir innovaciones o modificaciones del marco legal refundido, introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes” (Dictámenes del Consejo de Estado números [838/2015](#) y [1013/2015](#)). Sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional haya admitido dentro de esta labor refundidora “introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto estrictamente de la refundición, siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del único texto refundido” (SSTC [13/1992, de 6 de febrero](#), y [166/2007, de 4 de julio](#)).

En el supuesto ahora enjuiciado, la introducción de esta exclusión, en un caso de exoneración plena, de los créditos públicos constituye una extralimitación de la habilitación legal porque, al alterar el equilibrio entre los créditos existentes y la legítima expectativa que hasta entonces tenía el deudor de obtener una plena exoneración de los créditos (una vez cumplido el presupuesto de la íntegra satisfacción de los créditos contra la masa, privilegiados y, en su caso, el 25 % de los ordinarios), que alcanzaba también a los créditos públicos, se ha limitado el derecho del deudor concursado y se ha modificado el tratamiento de los créditos, respecto de la regulación anterior a la refundición.

5. Por esta razón, el tribunal de instancia, si aprecia correctamente la extralimitación de la habilitación legal, puede dejar de aplicarlo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. Como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. [47/1984, de 4 de abril](#) (y en términos parecidos en las SSTC núm. [61/1997, de 20 de marzo](#);

[159/2001, de 5 de julio](#); [205/1993, de 17 de junio](#); [51/2004, de 5 de julio](#); [166/2007, de 4 de julio](#)), “el control de los excesos de delegación corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los decretos legislativos a las leyes de delegación se deduce del artículo 82.6 de la Constitución”.

Así lo entendimos en nuestra sentencia [697/2017, de 21 de diciembre](#) [Pedro Vela Torres], cuando declaramos que esta doctrina del Tribunal Constitucional “permite que los excesos de la delegación legislativa achacables a los decretos legislativos puedan ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, por lo que correspondería al juez ordinario no aplicar los decretos legislativos en aquellos puntos en que la delegación hubiera sido excedida, o, para ser más precisos, el juez ordinario no debería conceder al exceso valor de ley, sino únicamente de reglamento, con lo cual podría entrar a valorarlo y proceder a su inaplicación, conforme a lo previsto legalmente”.

Es importante remarcar que el exceso o extralimitación afecta al último inciso del art. 491.1 TRLC 2020, que en caso de optarse por el sistema de exoneración inmediata, después de decir que “el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos”, añade: “exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos”. Por lo tanto, la consecuencia de entender que este añadido fue una extralimitación, será que se tenga por no incorporada al texto legal.

6. *Exoneración bajo un plan de pagos*. Por su parte, el alcance de la exoneración mediante un plan de pagos, del ordinal 5.º del art. 178 bis.3 LC, se regulaba en el art. 178 bis.5 LC:

«El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos: “1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. “2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado”.

La sentencia de pleno [381/2019, de 2 de julio](#) (I. Sancho), interpretó este precepto, de forma sistemática con el resto de las normas contenidas en el art. 178 bis LC y atendiendo a la finalidad perseguida con esta institución, en el sentido siguiente:

«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».

Y, en consecuencia, entendió que los créditos públicos que no tuvieran la consideración de crédito contra la masa o privilegiado, quedaban afectados por la exoneración.

En el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, esta norma contenida en el art. 178 *bis*.5 LC pasó al art. 497.1 TRLC, con la siguiente dicción legal:

«1. El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores que hubiesen aceptado someterse al plan de pagos se extenderá a la parte que, conforme a este, vaya a quedar insatisfecha, de los siguientes créditos: “1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. “2.º Respecto a los créditos con privilegio especial, el importe de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general”.

Al margen de la interpretación jurisprudencial mencionada, el refundidor, al mantener la misma dicción legal que el art. 178 *bis*.5 LC, no incurre en ninguna extralimitación. Cuestión distinta es que bajo esa misma dicción legal siga operando la interpretación jurisprudencial contenida en la sentencia de pleno [381/2019, de 2 de julio](#) (I. Sancho), sobre el alcance de la exoneración en caso de optarse por la vía del plan de pagos.

Aunque una determinada jurisprudencia no se incorpore explícitamente el texto refundido, no por ello deja de operar y cumplir su función propia de complementar el ordenamiento jurídico, en este caso, concursal con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley.

7. La consecuencia de todo ello es que el tribunal de instancia ha aplicado correctamente la interpretación jurisprudencial contenida en la sentencia [381/2019, de 2 de julio](#) (I.

Sancho), sobre el alcance de la exoneración si se opta por la vía del plan de pagos, al extenderlo también a los créditos de la Tesorería General de la Seguridad Social, salvo los créditos que merecieran la consideración de crédito contra la masa o crédito concursal.”

En sede de exoneración se han dictado varias sentencias del TJUE que posiblemente obliguen a que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre su alcance en nuestro régimen concursal.

Por un lado, las sentencias TJUE, ambas de la Sala Segunda, [11 de abril de 2024, asunto C-687/22](#) (sobre ella A. Díaz Moreno, *Análisis, ga-p, 2024*) y [8 de mayo de 2024, C-20/23](#), respecto a la cuestión de la justificación de las excepciones a la exoneración y que son de interés para los concursos en los que resulte aplicable el nuevo artículo 489 TRLC en su redacción dada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Tales excepciones deberán estar “debidamente justificadas” (como dice el art. 23.4 de la Directiva 2017/1132) y “deben perseguir un interés público legítimo”, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional competente. En el Preámbulo de la Ley 16/2022 se ofrece una justificación (apartado IV): “Las excepciones se basan, en algunos casos, en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho (como las deudas por alimentos, las de derecho público, las deudas derivadas de ilícito penal o incluso las deudas por responsabilidad extracontractual). Así, la exoneración de deudas de derecho público queda sujeta a ciertos límites y solo podrá producirse en la primera exoneración del pasivo insatisfecho, no en las sucesivas”. Explicación que no ofrecía la Exposición de motivos del TRLC en su redacción de 2020.

Por otro lado, en esta materia también es de interés la STJUE, Sala Segunda, [de 7 de noviembre de 2024, asuntos acumulados C-289/23 \[Corván\] y C-305/23 \[Bacigán\]](#) relativa al acceso a la exoneración: si es un régimen más restrictivo el previsto conforme a la Ley 16/2022 que el anterior, en el caso, respecto a deudas nacidas de derivación de responsabilidad tributaria. La sentencia afirma lo siguiente sobre la exclusión de los créditos públicos de la exoneración:

[37] No obstante, el legislador de la Unión supeditó expresamente el ejercicio de la citada facultad a las condiciones de que las excepciones contempladas en esa disposición se refieran a «determinadas circunstancias bien definidas» y estén «debidamente justificadas». De ello se desprende que, cuando el legislador nacional establezca disposiciones que contemplen tales excepciones, los motivos de esas excepciones deben deducirse del Derecho nacional o del procedimiento que llevó a su adopción y deben

perseguir un interés público legítimo (véase, por analogía, la sentencia [Sala Segunda] de [8 de mayo de 2024, Instituto da Segurança Social y otros, C-20/23, EU:C:2024:389](#), apartado 34 y jurisprudencia citada).

[38] La imposición, en el presente asunto, de una obligación de pago de créditos públicos no privilegiados para que un deudor pueda acogerse a la exoneración de deudas se refiere a circunstancias bien definidas. Asimismo, el que esta obligación permita obtener el pago de créditos que, en el contexto del concurso de acreedores, difícilmente hubieran sido cobrados por la Administración Pública no impide que esta excepción a la exoneración de deudas pueda estar debidamente justificada. En efecto, al exigir el pago de esos créditos públicos no privilegiados, el legislador puede estar persiguiendo un interés público legítimo, extremo que, no obstante, habrá de comprobar el órgano jurisdiccional remitente.

[39] De ello se deduce que el artículo 23, apartado 2, de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, al transponer esa Directiva, impone el pago de los créditos públicos no privilegiados a raíz de un procedimiento concursal para poder acogerse a la exoneración de deudas, siempre que esa obligación esté debidamente justificada

[49] Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, por un lado, si los referidos motivos constituyen motivos legítimos de interés público y, por otro lado, si de la normativa nacional se desprende que esos motivos justificaron la exclusión de una exoneración de deudas en circunstancias bien definidas, como las que enuncia el artículo 487, apartado 1, punto 2, del TRLC.

[50] En lo que atañe a esta apreciación, ha de recordarse que los Estados miembros están obligados a ejercer sus competencias con observancia del Derecho de la Unión y de sus principios generales y, por consiguiente, respetando el principio de proporcionalidad. De ello se infiere que la medida nacional de que se trate no debe exceder los límites de lo que es apropiado y necesario para lograr los objetivos legítimamente perseguidos por tal medida (véase, en este sentido, la sentencia [Sala Primera] [de 24 de febrero de 2022, Agenzia delle dogane e dei monopoli y Ministero dell'Economia e delle Finanze, C-452/20, EU:C:2022:111](#), apartado 36 y 37 y jurisprudencia citada). De este modo, dicha medida no puede afectar a la obligación de los Estados miembros, que figura en el artículo 20, apartado 1, de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia,

de velar por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas.

[51] Así pues, en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente considere que la exclusión de la exoneración de deudas en las circunstancias definidas en el artículo 487, apartado 1, punto 2, del TRLC está justificada por el legislador nacional en aras de un interés público legítimo, le corresponderá apreciar, a la luz del referido principio, si ese interés justifica, en particular, que esta exigencia se aplique a esas deudas en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración y que no pueda tenerse en cuenta un posible retraso en la adopción del acuerdo de derivación de responsabilidad.”

5.- La sentencia [592/2025, de 21 de abril](#) (P.J. Vela Torres) interpreta el artículo 25.7 LAU en la redacción anterior a su reforma por el RDL 7/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler* (reforma que, por lo demás, no afecta al problema que se debate). Su tenor literal era el siguiente:

“No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble.

Si en el inmueble sólo existiera una vivienda, el arrendatario tendrá los derechos de tanteo y retracto previstos en este artículo”.

En el caso se discute si los arrendatarios disfrutaban o no del derecho de retracto cuando el 31 de octubre de 2013, su arrendador EMVS (una empresa municipal) vendiera a Fidere Vivienda SLU (la demandada), un total de 1860 viviendas vinculadas, 1797 plazas de garaje y 1569 trasteros, pertenecientes a 18 promociones de viviendas de Madrid, construidas bajo distintos regímenes de protección pública. Entre tales promociones se encontraba la relativa a los pisos arrendados a los actores, si bien la arrendadora no era propietaria de todos los pisos de dicha promoción. La sentencia de instancia consideró que no cabía el retracto y la Audiencia por el contrario consideró que sí. Un elemento que devino decisivo para la Audiencia era que se había procedido a individualizar el precio de cada vivienda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y decide la cuestión del siguiente modo en el fundamento de derecho 6.º apartados 3 y 4:

“[3] La LAU de 1994 introdujo un cambio sustancial en la configuración de los derechos de adquisición preferente, al reducir significativamente los supuestos en que proceden. En concreto, el transcrito art. 25.7 LAU contiene una norma explícitamente más reductora de los derechos de adquisición preferente de los arrendatarios que su antecedente (el art. 47 LAU 1964) y para su aplicación debe constatarse que concurren los supuestos de “venta conjunta” previstos en él, es decir, que: (i) el objeto de la venta comprenda todas las fincas o unidades inmobiliarias de las que el transmitente es propietario en el edificio; o (ii) se vendan conjuntamente todos los pisos y locales del inmueble aunque se trate de distintos propietarios. Puesto que estos son los únicos supuestos en los que procedería la exclusión de los derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto).

[4] En este caso, la compraventa objeto de litigio, aunque es posible que no incluyera todos los elementos (viviendas y locales) del edificio donde se encuentran los pisos arrendados a los demandantes (porque, al parecer, no todos pertenecían a la vendedora), sí comprendía todas las unidades de las que la Empresa Municipal de Viviendas era titular en cada edificio al tiempo de la transmisión y que formaban parte de las distintas promociones objeto de la compraventa. Y en lo que afecta al caso, comprendía todas las viviendas de las que la vendedora era propietaria en ese concreto edificio.

A su vez, que esa venta se hiciera junto contra otras pertenecientes a otros edificios no empece la aplicabilidad del art. 27.5 LAU, dado que uno de los supuestos de hecho de aplicación de ese artículo es que el objeto de la venta comprenda todas las fincas o unidades inmobiliarias de las que el arrendador era propietario en el edificio donde se ubican los pisos o locales arrendados. Que esa venta forme parte de otra operación más amplia (múltiples promociones inmobiliarias o edificios) es indiferente a estos efectos, al no impedirlo la Ley. En estos casos, la imposibilidad de ejercitar el derecho de retracto por el arrendatario se justifica en que la venta se realiza sobre un objeto distinto -una de las unidades mayores previstas en la Ley (la totalidad del edificio o la totalidad de los elementos de los que es propietario el arrendador)- que aquel sobre el que recae el arrendamiento, puesto que la ley solo permite readquirir al retrayente el objeto propio del arrendamiento objeto de la venta que sea una unidad independiente, y eso es lo que aquí sucede.”

Podría decirse que es un caso en el que la finalidad de la norma (que las ventas en globo o en bloque estén exentas de derechos de adquisición preferente) no encuentra acomodo en su

propio tenor literal. Aunque el legislador de 1994 nada dijera sobre la excepción en el *Preámbulo*, no creemos que no lo hiciera por su obviedad, sino por simple olvido o desidia.

La *ratio* del artículo 25.7 LAU es “proteger la intangibilidad de la venta conjunta en interés del arrendador”, en palabras de J.M. Fínez Ratón: *Comentario a la LAU*, F. Pantaleón (dir.), Cívitas, Madrid, 1995, *sub art. 25*, p. 288. *Rectius*: esta *ratio* debe acompañarse de una premisa implícita; la venta en globo libre de retractos “simplifica” y mejora las posibilidades de venta a mejor precio: trocear es, sin duda, más largo, y posiblemente no más provechoso.

Sobre las posibles interpretaciones del precepto -además de lo que sostuviera Fínez, y, en su senda, el propio Pantaleón en el trabajo citado más arriba-, F. Rodríguez Morata: *Comentarios a la LAU*, R. Bercovitz (dir.), Aranzadi, 2020, 7.ª edición, *sub art. 25*, pp. 856-857 y María Paz Sánchez González: “Derechos de adquisición preferente en la Ley de arrendamientos urbanos”, en *Los derechos de adquisición*, Esteve Bosch / M.ª Paz Sánchez / M.ª A. Blandino / P. de Barrón (coords.), Aranzadi, 2021, pp. 376-379.

En este punto resulta interesante dar cuenta de la propuesta de M.ª A. Blandino y P. de Barrón [*Los derechos de adquisición. Propuesta de regulación*, Tirant lo Blanch, 2022] que patrocinan lo siguiente:

“En caso de transmisión, como unidad patrimonial, de la totalidad de las viviendas o locales propiedad del arrendador que se ubiquen en un mismo inmueble, sólo habrá derecho de adquisición preferente si se ejercita sobre el total. Para determinar la existencia de venta como unidad patrimonial se atenderá, esencialmente, a la finalidad económica perseguida con la adquisición íntegra del inmueble. La misma regla anterior se aplicará cuando se transmita a un único adquirente la totalidad de las viviendas y locales, pertenecientes a distintos propietarios, que formen parte del mismo inmueble” (p. 47).

La propuesta se funda más que en una cuestión relativa al “objeto” del derecho -modo dogmáticamente común de afrontar los derechos de adquisición- en la finalidad económica que persigue el adquirente: evitar que se frustre su interés en la adquisición conjunta, que también conformará el interés del transmitente.

Ya hay alguna sentencia que sigue esta doctrina. Así, la sentencia [953/2025, de 17 de junio](#) (A. García Martínez).

6.- Las sentencias [602/2025, de 21 de abril](#) (J.L. Seoane Spiegelberg), [603/2025, de 21 de abril](#) (A. García Martínez) y [604/2025, de 21 de abril](#) (Mª Á. Parra Lucán) abordan tres supuestos

de seguros en caso de “pérdidas de explotación” en la que los asegurados reclaman de sus aseguradoras por el cierre de sus negocios durante la pandemia.

La cuestión gira en torno a esa inefable distinción entre cláusulas que delimitan el riesgo asegurado (o que fijan la cobertura) y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado (fundamento de derecho 3.º, apartados 1 y 2 de la primera sentencia; fundamento de derecho 3.º, apartado 2.1 de la segunda sentencia). Y también sobre la aplicación de la regla *contra proferentem* (fundamento de derecho 4.º de la tercera sentencia).

En estos casos se señala que se trata de cláusulas de fijación del riesgo asegurado y su conexión causal con los daños materiales que sufra el negocio, esto es, que la cobertura de la pérdida de beneficios es una prestación adicional para el caso en que se produzca el siniestro principal que son los “daños materiales” (fundamento de derecho 3.º, apartado 4 de la primera sentencia, fundamento de derecho 3.º, apartado 2.2 de la segunda sentencia y fundamento de derecho 4 de la tercera sentencia).

7.- La sentencia, pleno, [951/2025, de 17 de junio](#) (Mª Á. Parra Lucán) resuelve otro caso referido a los daños causados por el asbesto procedentes de la fábrica que tuviera *Uralita* ubicada entre Ripollet y Cerdanyola del Vallès.

En particular, las cuestiones que se suscitan son las siguientes: “i) la procedencia de la aplicación orientativa del baremo vigente cuando se produjo el fallecimiento de las víctimas o el diagnóstico de la enfermedad; ii) la compatibilidad entre las acciones ejercitadas en concepto de heredero (*iure hereditatis*) y las ejercitadas en concepto de perjudicado (*iure proprio*) [que la sentencia resuelve como hiciera la sentencia [141/2021, de 15 de marzo](#) [Pleno, J.L. Seoane Spiegelberg)]; iii) la fijación de la indemnización a favor de los sucesores procesales por los afectados que han fallecido a lo largo del procedimiento; y iv) la procedencia de aplicar intereses legales desde la demanda” (fundamento de derecho 1.º).

El asunto de mayor interés es el relativo al cambio de jurisprudencia de la sala que decide la aplicación del sistema de valoración introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, a hechos sucedidos “antes” a su entrada en vigor en ámbitos ajenos a la circulación, en los que el baremo de tráfico se aplica de forma orientativa. Así en su fundamento de derecho 3.º, apartados 3 y 4:

“[3] La sala ha admitido la utilización de las reglas del baremo de tráfico como criterios orientadores, no vinculantes, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas, como consecuencia del daño corporal ocasionado en sectores

de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor [entre muchas, sentencias del Tribunal Supremo [906/2011, de 30 de noviembre](#) (rec. 2155/2008 [J.A. Xiol Ríos]), [403/2013, de 18 de junio](#) (rec. 368/2011 [J.A. Seijas Quintana]) y [262/2015, de 27 de mayo](#) (rec. 1459/2013 [J.A. Seijas Quintana]) y [232/2016, de 8 de abril](#) [F. Pantaleón]. De entre estas sentencias, merece destacar la [141/2021, de 15 de marzo](#) [Pleno, J.L. Seoane Spiegelberg], en un caso como el presente, referido a responsabilidad extracontractual por daños causados por la inhalación de asbesto.

En las sentencias [269/2019, de 17 de mayo](#) [R. Sarazá Jimena], y [460/2019, de 3 de septiembre](#) [R. Sarazá Jimena], entre otras, en atención al principio de indemnidad de la víctima, que informa los arts. 1106 y 1902 del Código Civil, se indicó: “Esta utilización orientativa del citado baremo para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización”.

Las SSTs [429/2007](#) [E. Roca Trías] y [430/2007](#) [Pleno, E. Roca Trías], de 17 de abril de 2007, del pleno, fijaron la siguiente doctrina jurisprudencial: el régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce; si bien esos daños deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. Lo anterior se reitera en posteriores sentencias dictadas en el ámbito de la circulación de vehículos ([682/2008, de 9 de julio](#) [I. Sierra Gil de la Cuesta]; [691/2008, de 10 de julio](#) [I. Sierra Gil de la Cuesta]; [443/2009, de 18 de junio](#) [J.A. Xiol Ríos]; [122/2010, de 9 de marzo](#) [J.A. Xiol Ríos]; [275/2010, de 5 de mayo](#) [J.A. Xiol Ríos]).

Esta doctrina se ha aplicado también en los casos en los que el sistema de valoración del baremo se aplica de forma orientativa. Así, en la STS [135/2010, de 9 de marzo](#) [J.A. Xiol Ríos], en un accidente laboral sufrido por un operario, o en la STS [33/2015, de 18 de febrero](#) [J.A. Seijas Quintana], en un supuesto de negligencia médica por error de diagnóstico.

La sentencia [223/2013, de 12 de abril](#) [F. Marín Castán], en un caso de muerte accidental de una persona al electrocutarse con un cable de alta tensión, indica: «en los casos de muerte instantánea el daño queda fijado en el mismo momento que los hechos que

lo producen y, por tanto, es este momento o fecha el que determina la cuantía de la indemnización según la actualización entonces vigente».

La sentencia [460/2019, de 3 de septiembre](#) [R. Sarazá Jimena], descarta la aplicación del sistema de valoración introducido por la Ley 35/2015, para el cálculo de indemnizaciones por daños derivados de un accidente de aviación ocurrido antes de su entrada en vigor: “Ahora bien, que el citado baremo se utilice con carácter orientativo y que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad donde ha acaecido el siniestro, no significa que el margen de arbitrio del tribunal llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente (y, en el caso de lesiones, la cuantía del punto vigente cuando se produce el alta definitiva) o los vigentes en un momento posterior, como puede ser el de la sentencia”.

En la STS [597/2021, de 13 de septiembre](#) [J.L. Seoane Spiegelberg], en un caso de responsabilidad médica, la Audiencia Provincial había aplicado el baremo anterior para determinar la valoración económica de los puntos, y el introducido por la Ley 35/2015 para fijar la puntuación de las secuelas. Se estimó el recurso de casación al entender que no es posible la utilización conjunta del baremo vigente a la fecha del alta médica definitiva y el introducido por la Ley 35/2015, que entró posteriormente en vigor, tras la producción del daño.

La sentencia [453/2021, de 28 de junio](#) [J.L. Seoane Spiegelberg], en un caso de daños por contacto con amianto, reitera la doctrina jurisprudencial antes expuesta: “No se ha vulnerado la doctrina de las sentencias [429/2007](#) [E. Roca Trías] y [430/2007](#) [Pleno, E. Roca Trías], según las cuales el daño corporal padecido se determina de acuerdo con el baremo legalmente vigente a la fecha del siniestro, si bien la cuantificación de los puntos se llevará a efecto en el momento en que las secuelas han quedado definitivamente determinadas, que es el momento del alta médica”. Sin embargo, en ese caso, no se planteó la controversia aquí suscitada, puesto que la demandante calculó la indemnización conforme al baremo vigente en la fecha de diagnóstico de la enfermedad. El debate se circunscribió a la procedencia de ajustar las sumas reclamadas al tiempo efectivamente vivido, teniendo en cuenta que la actora falleció durante el curso del procedimiento, por lo que fue sucedida procesalmente por sus herederas.

Tras un análisis de la jurisprudencia de la sala, la sentencia [562/2025, de 9 de abril](#) [M. Almenar Belenguer], en un caso de indemnización por lesiones ocasionadas por

negligencia médica con ocasión de un parto, afirma: “Como conclusión podemos afirmar que (i) es posible aplicar el sistema legal de valoración del daño corporal causado en accidentes de tráfico, como criterio orientativo, en otros sectores ajenos a la circulación; (ii) en tal caso, habrá de tomarse en consideración, para la determinación del daño, el sistema vigente en la fecha del siniestro, sin perjuicio de atenderse en orden a su cuantificación a la fecha del alta definitiva o de estabilización de las lesiones; y (iii) las particulares circunstancias concurrentes en el ámbito o sector de que se trate pueden justificar la aplicación de criterios correctores para garantizar el principio de indemnidad del daño”.

4. Cambio de jurisprudencia. Aplicación del sistema de valoración introducido por la Ley 35/2015 a hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en vigor en ámbitos ajenos a la circulación, en los que el baremo de tráfico se aplica de forma orientativa. Desestimación del motivo tercero.

Ahora la sala, reunida en pleno, considera que procede modificar la doctrina anterior en el sentido de declarar que cuando así se solicite, procede la aplicación orientativa del sistema introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para valorar los daños producidos en ámbitos ajenos a la circulación, en los que la aplicación del baremo no es obligatoria, aunque los hechos por los que se reclama tuvieran lugar antes de la entrada en vigor de la Ley. Ello por lo que decimos a continuación.

La disposición transitoria de la Ley 35/2015 prevé su aplicación solo para los accidentes que se produzcan tras su entrada en vigor y expresamente ordena la subsistencia del sistema recogido en el Anexo y en el Anejo del TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, para la valoración de los daños y perjuicios causados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Esta norma se refiere exclusivamente a los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

La razón por la que se acude al baremo en sectores ajenos a la circulación, en donde no es vinculante, es porque el baremo aporta criterios de valoración que facilitan la motivación de la cuantificación de los daños. Por eso, en los ámbitos en los que no es vinculante la aplicación del baremo, el principio de reparación integra justifica que se indemnicen daños no incluidos en el baremo, que se establezcan criterios correctores que se adecúen a las circunstancias concretas, y también que se puedan valorar los daños producidos con anterioridad con arreglo a los criterios recogidos en el nuevo baremo.

Ello en atención a que, en los casos en los que no es vinculante el baremo, al que se acude buscando criterios orientadores de valoración del daño, no tiene tanto sentido imponer que deban aplicarse taxativamente unos criterios que ni son vinculantes cuando se fija la indemnización ni tampoco lo eran cuando se produjeron los fallecimientos o se diagnosticaron las enfermedades por las que se reclama.

Por ello, en este caso, como ha hecho la Audiencia, resulta más adecuado acudir como criterios inspiradores de la valoración del daño a los establecidos en el nuevo baremo, que, según explica el preámbulo de la Ley 35/2015, «se inspira y respeta el principio básico de la indemnización del daño corporal; su finalidad es la de lograr la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos para situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente. Para ello, también se identifican nuevos perjudicados y nuevos conceptos resarcitorios que no están recogidos en el baremo vigente. Se sistematizan y dotan de sustantividad propia las indemnizaciones por daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) que el actual baremo prevé de un modo significativamente simplista e insuficiente. Y se pone al día, mediante su aumento, el conjunto de indemnizaciones, destacando en particular las que corresponden a los casos de fallecimiento -y, en especial, la de los hijos de víctimas fallecidas- y de grandes lesionados». De acuerdo con el mismo preámbulo, el nuevo baremo supone una mejora manifiesta del sistema que deroga, tanto desde la perspectiva de su consistencia jurídica y de su estructura como, en general, de las cuantías indemnizatorias que incorpora, e igualmente supone un apreciable progreso en el tratamiento resarcitorio de los perjudicados.

Por estas razones consideramos que el motivo tercero del recurso de casación debe ser desestimado, pues resulta correcta la determinación de las cuantías de las indemnizaciones que ha realizado la sentencia recurrida, tal como solicitaron los demandantes, mediante la aplicación del baremo establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.”

8.- Entre las sentencias de la sala sobre materias diversas este periodo ha sido especialmente fructífero. Entre ellas (son tantas que es difícil ofrecer una selección) señalo las siguientes:

(i) La sentencia [384/2025, de 13 de marzo](#) (I. Sancho Gargallo) sobre la interpretación de los artículos 62.3 y 67 LRCSCVM. En el caso un padre (biológico) que no ejercía de tal efectivamente reclama ser indemnizado en detrimento del padrastro que sí mantenía la relación de

afectividad. La condición de perjudicado no deriva del vínculo o relación de filiación sino de la efectividad (y afectividad) de éste.

(ii) La sentencia [571/2025, de 9 de abril](#) (M. Almenar Belenguer) sobre *phishing* (que podemos traducir por “engaño mediante señuelos”, principalmente) y servicios de pago nos recuerda, en esencia, el régimen de responsabilidad del proveedor de servicios así como la diligencia exigible al ordenante previstos en el RDL 19/2018, de 23 de noviembre, *de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera*. Véase también la sentencia [507/2025, de 27 de marzo](#) (Manuel Almenar Belenguer), fundamento de derecho 3.º, apartado 6.

(iii) La sentencia [824/2025, de 27 de mayo](#) (R. Sarazá Jimena), sobre la reivindicación -en virtud de cesión de acciones- por el Gobierno de Aragón de las pinturas de la sala capitular del Monasterio de Sijena frente al [Museu Nacional d’Art de Catalunya](#) (MNAC) que, al menos, suscita estas dos cuestiones. La primera es un asunto de naturaleza procesal -la relativa a los efectos que tiene la petición y resolución de aclaración o complemento- que se utiliza con frecuencia como medio para prolongar el plazo para interponer los recursos. En segundo término, la relación entre prescripción de la acción reivindicatoria y la usucapión (art. 1963 CC). Sobre este último asunto, con su singular agudeza, véase Á. Carrasco Perera: “Prescripción extintiva de la reivindicatoria frente a okupas y precaristas”, en sus *Estudios sobre prescripción civil y mercantil*, Tecnos, Madrid, 2025, pp. 17-40.

Las razones principales para estimar la acción radican en la inexistencia de posesión de concepto de dueño (el propio MNAC no la aduce) y la imposibilidad de considerar prescrita la acción (con una declaración sorprendente no tanto sobre la posibilidad de que haya un “cambio jurisprudencial” como por quién deba ser advertido, que no puede ser otra que la propia sala, fundamento de derecho 9.º, apartado 2).

(iv) La sentencia [842/2025, de 27 de mayo](#) (R. Sarazá Jimena): sobre la posibilidad de que la propia Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado organice la explotación en línea de sus juegos -juegos respecto a los que ostenta el monopolio- como tenga a bien, sin que sea obligado, por ende, que se asignen a las administraciones de lotería que no pueden aducir, en este sentido, que se haya infringido el artículo 6.2 LCD. Dice el fundamento de derecho 2.º, apartado 3:

“3.-La conducta tipificada en el art. 16.2 LCD (la explotación de la situación de dependencia económica) tiene una estrecha relación con el ilícito *antitrust* consistente en el abuso de la posición de dominio. De hecho, la explotación de la situación de dependencia económica estuvo tipificada como conducta prohibida en el art. 6.1.b de la anterior

Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, aunque no fue incluida en la vigente Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, por lo que su tipificación como ilícita ha quedado circunscrita a la Ley de Competencia Desleal.

Esta conducta constituye un acto de deslealtad frente al mercado cuya ilicitud responde a la constatación de que la alteración de la estructura competitiva del mercado y la obstaculización de la concurrencia de los agentes económicos en dicho mercado pueden ser ocasionadas no solo por empresas que abusen de su posición de dominio en el mercado (poder absoluto en el mercado relevante), sino también por empresas que, sin llegar a tener esa posición de dominio, tienen un poder relativo de mercado y explotan la situación de dependencia de sus clientes o proveedores que carecen de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad, de modo que, por la asimetría de poder de mercado entre esa empresa fuerte y las empresas con que se relaciona, impidan u obstaculicen la competencia por eficiencia.

Como es obvio, lo que constituye una conducta concurrencial ilícita no es ostentar un poder relativo de mercado, que se refleja en la dependencia económica de clientes o proveedores, sino que la empresa fuerte abuse de esa situación de dependencia porque su conducta obstaculiza, sin justificación objetiva, la actividad de terceros (los clientes o proveedores), sin guardar proporción con los objetivos lícitos y razonables que se persiguen.

Pero de esto no se deriva que la empresa con posición de poder relativo en el mercado tenga la obligación de promover la situación de las empresas que se encuentran en situación de dependencia respecto de ella. El reproche de deslealtad solo está justificado si la conducta de la empresa fuerte no está objetivamente justificada, es desproporcionada y ha sido posibilitada por la situación de dependencia de las empresas que se relacionan con ella.

Entran en conflicto los intereses de la empresa con poder de mercado relativo, consistentes en poder determinar con libertad cuáles son sus objetivos empresariales y cómo conseguirlos, y los de las empresas en relación de dependencia económica con ella. La actuación de la empresa con poder relativo de dominio ha de ser proporcionada con esos objetivos lícitos perseguidos.

Respondiendo a estos elementos definitorios del ilícito concurrencial, suelen considerarse conductas relevantes las consistentes en la negativa a establecer o continuar relaciones comerciales, el tratamiento desigual de clientes o proveedores, la obstaculización

mediata, la imposición de condiciones comerciales no justificadas por una contraprestación real o la discriminación pasiva, cuando concurren ciertas circunstancias determinantes de su carácter desleal.”

(v) La sentencia [685/2025, de 6 de mayo](#) (A. García Martínez) se refiere al plazo de prescripción a que se somete el pago de la cuota colegial obligatoria variable. Su interés radica en que, sobre todo, examina los elementos que deben concurrir para que se aplique el plazo previsto en el artículo 1966 3.ª CC.

(vi) La sentencia [624/2025, de 23 de abril](#) (M. Almenar Belenguer), ofrece otro ejemplo, prolijo, de las dificultades para fijar el importe del daño moral, en el que termina utilizándose un criterio relativo (los importes que se han fijado en casos semejantes, así como una función disuasoria de la indemnización, extraña a la noción de indemnización) y así salvar la cuestión de la desigualdad de trato.

(vii) La sentencia [784/2025, de 19 de mayo](#) (J.L. Seoane Spiegelberg) hace acopio de la doctrina de la sala sobre el carácter excepcional de la nulidad de la partición hereditaria (que goza, al parecer, de una suerte de especial resistencia que se consagra en tratarse de último recurso, así fundamento de derecho 5.º viii y ix).

(viii) La sentencia [801/2025, de 20 de mayo](#) (M. Almenar Belenguer), en particular, fundamento de derecho 2.º, apartado 3 se pronuncia sobre la razón que explica el preaviso -que debiera ser la posibilidad de mitigar el daño- en el desistimiento de un contrato de duración indefinida.

Cabe decir que la buena fe no obliga especialmente a otorgar plazos adicionales a las partes para cumplir lo que deben ni para soportar los derechos que legítimamente pueden ejercerse frente a ellos, pero sí que obliga a moderar, si fuera posible, los daños que se sufren cuando se extingue una relación de larga duración y solo se explica este deber porque “el contrato es de duración indefinida” del que, por ende, puede desistirse en cualquier momento. Si fuera de duración determinada compete a los contratantes anticipar (prever, en suma) los efectos de su extinción. Para un caso de aplicación del artículo 1705 CC con expresión de la razón del preaviso, la sentencia [941/2025, de 12 de junio](#) (R. Sarazá Jimena).

(ix) Los derechos de regreso entre cónyuges cuando estos son codeudores de una misma relación obligatoria no pueden prescribir desde que nace la respectiva obligación (con el pago de la obligación) que sería la regla común al resto de codeudores, sino que debe posponerse a la fecha de cese de la convivencia o hasta la disolución del vínculo “atendiendo a parámetros de normalidad de la realidad social” (de modo que se evita formalmente introducir un caso de

suspensión de la prescripción, como hace el CC catalán, art. 121-16 [allí sí ha elegido el legislador la razón de la suspensión, y es lo que debería suceder para el caso del Código civil]). Así lo afirma la sentencia [458/2025, de 24 de marzo](#) (M. Almenar Belenguer). Dice el fundamento de derecho 2.º, apartado 4:

“En suma, atendiendo a parámetros de normalidad de la realidad social, no parece razonable que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de repetición comience a correr en la fecha en que cualquiera de los cónyuges asumió el pago de una deuda (cuotas del préstamo, impuestos o cualquier otra), cuando ambos siguen haciendo una vida en común y contribuyendo al sostenimiento de las cargas y gastos comunes de la familia, en principio cabe presumir que con vocación indefinida, mientras no se pruebe lo contrario. La especial naturaleza de esas relaciones negociales/patrimoniales no se considera compatible, en el estado normal de las cosas, con el ejercicio de acciones de reclamación o de actuaciones tendentes a interrumpir la prescripción de la acción en el seno de la pareja. De ahí que el plazo no pueda empezar a computarse sino a partir de la disolución del matrimonio o, en su caso, del momento en que tuvo lugar la separación de hecho definitiva.”

(x) La sentencia [535/2025, de 3 de abril](#) (J.L. Seoane Spiegelberg) parece imponer un deber de negociar (de renegociar, para ser exactos) derivado de la buena fe para un caso referido a la pandemia -véase su fundamento de derecho 5.º, apartado 5-. Ese deber parece que debe acompañarse de otro en el que el arrendador debe paralizar durante el tiempo en que se negocia la reclamación de sus derechos legítimos: en el caso, la acción resolutoria por impago.

(xi) Sobre la eficacia de los pactos de *non cedendo*: también el cesionario se sujeta a él, puesto que en esto consiste la cesión como subrogación en la posición jurídica del cedente, sobre el que gravaba la prohibición. Así la sentencia [884/2025, de 3 de junio](#) (P.J. Vela Torres).

(xii) Sobre la buena fe y el abuso del derecho, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia [866/2025, de 2 de junio](#) (I. Sancho Gargallo) que, para un caso relativo a la responsabilidad prevista en el artículo 331 LSC, dice lo siguiente en su fundamento de derecho 3.º, apartado 5:

“Lo anterior pone de manifiesto que, atendidas las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego, en este caso la reclamación de pago de la deuda social frente a quien había sido la socia minoritaria, Graciela, contraría la buena fe (art. 7.1 CC) en el ejercicio de aquel derecho. En primer lugar, porque decae la razón misma de la norma invocada (*cessante ratione*), en cuanto que es evidente que el acreedor para

cobrar la deuda social no necesitaba recurrir a quien había sido socia, pues la solidaridad de los socios satisface una función de garantía suplementaria que aquí no se precisa, y existía una reserva muy amplia que no consta hubiera resultado insuficiente para la satisfacción de una deuda social escasa en relación con la reserva. En segundo lugar, hay una notoria desproporción entre el interés perseguido (el cobro de un crédito social) y la finalidad de la norma en que se ampara, esto es, hay un sacrificio innecesariamente excesivo de la deudora solidaria cuando, por lo demás, el cobro desembocaría en el ejercicio de la correspondiente acción de regreso (la deuda sigue siendo social) y se generaría, por tanto, una serie de reclamaciones sucesivas. En tercer lugar, lo anterior se envuelve en la vinculación existente entre el acreedor y el socio mayoritario (son hermanos entre sí); y su relación con la demandada, que había dejado de ser esposa del socio principal. Por último, por el oportunismo de su ejercicio, en el límite temporal de su misma posibilidad.”

(xiii) Sobre las cartas de patrocinio “fuertes” que tienen por efecto “garantizar la indemnidad patrimonial de la prestamista” (y entonces, art. 1822 CC), la sentencia [944/2025, de 16 de junio](#) (P.J. Vela Torres). Esta sentencia, como otras sobre estas cartas, nos suscita estas preguntas: ¿cuál es la razón para recurrir a las cartas de patrocinio?: ¿evitar un contrato de fianza?: ¿disponer de un margen de incertidumbre frente al acreedor en caso de impago?: ¿aislar esta información crediticia de la Central de Información de Riesgos del Banco de España?

(xiv) Las sentencias [867/2025, de 2 de junio](#) y [868/2025, de 2 de junio](#) (en ambas es ponente A. García Martínez) fijan doctrina sobre la interpretación del artículo 16.2 LPH. Es esta: “La interpretación conforme a la cual la convocatoria de la Junta de propietarios corresponde, en primer término, al presidente, y solo subsidiariamente a los promotores de la reunión -si son la cuarta parte de los propietarios, o un número de estos que representen al menos el 25% de las cuotas de participación- en caso de inactividad de aquel, es la más ajustada al tenor literal, sistemático y funcional del art. 16 de la LPH.”

(xv) La sentencia [986/2025, de 19 de junio](#) (J.L. Seoane Spiegelberg) se pronuncia sobre el lucro cesante en un curioso caso de resolución del contrato. Véase el comentario de Á. Carrasco en [Actualidad Jurídica ga-p, 2025](#).