

ÍNDICE
--------

QUICIOS MOLINA, M<sup>a</sup> S., *Las relaciones de filiación de personas LGTBI tras la Ley 4/2023 (LGTBI parenthood relations after Statute 4/2003) (Tribuna)*..... 2-7

COLLADO-RODRÍGUEZ, N., *La evaluación de las necesidades y exigencias del cliente en la distribución de seguros (The assessment of the client's demands and needs by insurance distributors)* ..... 8-41

HERRADA BAZÁN, V., *Cesión de créditos, costes de cobro, plazos de pago y cantidad adeudada en operaciones comerciales con poderes públicos: a propósito de la STJUE de 20 de octubre de 2022 (asunto C-585/2020) (Assignment of rights, recovery costs, periods of payments and amount due in commercial transactions between undertakings and public authorities. Comment to the Judgment of the Court of Justice of the European Union of October 20, 2022, Case C-585/2020)*..... 42-67

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *El control judicial de cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la luz de la jurisprudencia del TJUE (Judicial control of unfair terms in the Constitutional Court case law in light of the EUCJ case law)* ..... 68-99

MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup> J., *La nueva Directiva 2021/2118, de 24 de noviembre de 2021, del seguro de responsabilidad civil de vehículos automóviles y su repercusión en el Ordenamiento español (The new Directive 2021/2118 of 24 November 2021 on liability insurance for motor vehicles and its impact on the Spanish Law)*..... 100-143

GARCÍA VICENTE, J. R., *Crónica jurisprudencial (V): enero – abril 2023*..... 144-171

# LAS RELACIONES DE FILIACIÓN DE PERSONAS LGTBI TRAS LA LEY 4/2023

## *LGTBI parenthood relations after Statute 4/2003*

### *Cómo citar / Citation*

Quicios Molina, M<sup>a</sup> S. (2023).  
Las relaciones de filiación de personas LGTBI (Tribuna)  
*Cuadernos de Derecho Privado*, 5, pp. 2-7  
.....F QKj wr u ll q lti B208437: lefr 05"

### **Resumen**

Las modificaciones legales introducidas por la Ley 4/2023 afectan, fundamentalmente, a la determinación de una segunda maternidad por voluntad de la esposa o pareja de la madre que da a luz, y a la determinación de la filiación de las personas gestadas por hombres transexuales. Las normas resultantes, en ambos casos, requerirán de una importante labor exegética de doctrina y jurisprudencia, pues los cambios son sustanciales. Como clave de bóveda de la reforma hay que resaltar la preferencia por los términos de “progenitor gestante” y “progenitor no gestante”, en lugar de madre y padre, lo que puede llevar a interpretaciones imprevistas.

### **Abstract**

The legal amendments introduced by Law 4/2023 mainly affect the determination of a second maternity at the will of the wife or partner of the mother giving birth, and the determination of the filiation of people born from transgender men. The resulting norms, in both cases, will require an important exegetical work of doctrine and jurisprudence, since the changes are substantial. As a key vault of the reform, it is necessary to highlight the preference for the terms "pregnant parent" and "non-pregnant parent", instead of mother and father, which can lead to unforeseen interpretations.

1. La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE de 1 de marzo de 2023), ha modificado el Código Civil y la Ley del Registro Civil en materia de filiación.

La intención del legislador se explica, parcialmente, en el Preámbulo de la Ley. En el artículo 120.1º CC se sustituye el término “padre” por la expresión “padre o progenitor no gestante” para permitir a las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad para gestar, «proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales». En coherencia con esta reforma del artículo 120.1º CC, se modifica el artículo 44 LRC «con el fin de permitir la filiación no matrimonial en

parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial». No se ofrece ninguna razón para la reforma del artículo 120.5° CC, cuyo tenor literal pasa a ser el siguiente: la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente, respecto de la madre o progenitor gestante, cuando se haga constar su filiación en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.

Se han incluido, por tanto, cambios relevantes que afectan tanto a la determinación de la filiación por el hecho del parto como a la determinación de la filiación por reconocimiento voluntario (utilizo el término “reconocimiento” en sentido muy amplio, como sinónimo de asunción voluntaria de la paternidad o la maternidad).

2. La filiación materna derivada del hecho del parto siempre ha tenido en la ley un régimen particular, tanto por lo que respecta a su determinación legal como por lo que respecta a su impugnación judicial. Este régimen especial, basado en el principio *mater semper certa est*, no sufre cambios con las modificaciones de los artículos 120.5° y 139 CC.

A mi juicio, en el artículo 120.5° CC se añade la expresión “progenitor gestante” al término “madre” para resolver el nudo gordiano de cómo denominar al hombre trans que da a luz: no se le llamará madre ni padre. Y así se normaliza, por la ley, la realidad de la posible maternidad de hombres trans que mantienen sus órganos reproductores femeninos. Coherente con ello es la reforma del artículo 139 CC. Antes era la madre quien podía ejercitar la acción de impugnación de la filiación justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo; ahora podrá ser la madre o el progenitor que conste como gestante.

En el artículo 137.1, párrafo 2° CC, también se ha añadido al término “madre” la expresión “progenitor gestante”. En mi opinión, con menos sentido. Literalmente resulta de la reforma que el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación [del “padre o progenitor no gestante”, a tenor del párrafo 1°], corresponderá a la madre o progenitor gestante que ostente la patria potestad cuando el hijo sea menor. La filiación referida era indudablemente, antes de la reforma, la filiación paterna matrimonial del marido, que se presume padre *ex* artículos 116 y 117 CC. Esta filiación paterna puede impugnarse por el marido que no es el progenitor biológico (artículo 136 CC) y puede impugnarse por el hijo (artículo 137 CC). Creo que esta interpretación no debería cambiar a pesar de la

perturbadora inclusión del “progenitor no gestante” en el artículo 137.1, párrafo 1º CC. Criticable resulta, por otra parte, que no se haya aprovechado la ocasión para enmendar un olvido de la Ley 26/2015, de 28 de julio, que reformó el artículo 136 CC, y prever expresamente, como *dies a quo* de esta acción de impugnación de la paternidad matrimonial, el conocimiento por el hijo de la falta de paternidad biológica.

Me permito un comentario crítico sobre la técnica legislativa utilizada para reflejar legalmente la realidad de los hombres trans que dan a luz. Hubiera sido más adecuado incluir una disposición adicional en la Ley equiparando las referencias a la madre con el progenitor gestante, en lugar de modificar los artículos 120.5º, 137.1, párrafo 2º, y 139 CC (además del artículo 44.6, párrafo 2º, 3ª LRC, previsto para determinar la filiación por resolución recaída en expediente registral cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo, que es un supuesto absolutamente inusual). De esta manera no hay riesgo de olvido, y uno obvio es la regulación registral de la determinación de la filiación materna por el hecho del parto (vid. artículos 44.3 y 44.4, párrafo 2º LRC). Bien es cierto que el legislador se ha cubierto con una nueva disposición adicional décima en la Ley del Registro Civil, titulada expresamente “Terminología”: en las parejas del mismo sexo registral, las referencias hechas a la madre se entenderán hechas a la madre o progenitor gestante y las referencias hechas al padre se entenderán referidas al padre o progenitor no gestante.

3. El artículo 120.1º CC dispone, tras su reforma por la Ley 4/2023, que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente, en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

La “declaración conforme” realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial, en el momento de inscribir el nacimiento, se introdujo en el Código Civil por la Ley 19/2015, de 13 de julio, para agilizar el trámite de la inscripción registral de los nacidos en hospitales. Cabe considerarlo un clásico reconocimiento de la paternidad, si bien menos formal que el hasta entonces regulado en ese apartado 1º del artículo 120 y que ahora se prevé en el apartado 2º del mismo artículo (reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento u otro documento público). La “declaración conforme” del progenitor no gestante, que permite determinar una filiación no matrimonial, se refiere a dos supuestos: puede emitirse por la mujer que es pareja de la

madre que ha dado a luz, y puede emitirse por el hombre que es pareja del progenitor gestante (hombre transexual). Así se deduce, recordemos, del Preámbulo de la Ley 4/2023: la referencia al progenitor no gestante en el artículo 120.1º CC «supone la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de sus miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales».

4. La posibilidad de que quede determinada una segunda maternidad no matrimonial, en el caso de parejas de mujeres, se regula de manera curiosa.

En primer lugar, porque en el Código Civil se prevé la determinación de la segunda maternidad no matrimonial pero no la determinación de la segunda maternidad matrimonial. Respecto de esta, habrá que estar al artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y, sobre todo, al reformado artículo 44.4 LRC, con los ajustes interpretativos hechos por la doctrina registral para evitar la conexión de esta doble maternidad con las técnicas de reproducción asistida (RDGRN de 9 de febrero de 2017). Dispone ahora el artículo 44.4, párrafo 3º, a) LRC que la filiación de la madre no gestante se hará constar, en el momento de la inscripción del hijo, cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y concorra el consentimiento de ambos [ambas] cónyuges. ¿Aunque existiera separación legal o de hecho, como literalmente dispone el inciso final de la letra a)? Antes no se admitía la determinación de la segunda maternidad matrimonial en caso de separación, por lo que merece reflexión la respuesta. La duda surge por la mezcla de supuestos tan distintos como la determinación de la filiación del padre y la determinación de la filiación de la madre no gestante, en las letras a) y b) del artículo 44.4 LRC.

El nuevo título de determinación legal de una segunda maternidad no matrimonial creado por el artículo 120.1º CC, basado en la voluntad de asumir dicha maternidad en el momento de inscribir al recién nacido, se ha regulado por el artículo 44.4, párrafo 3º, b) LRC. Según este, la filiación de la madre no gestante quedará determinada cuando manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación y siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil [la de paternidad matrimonial, si se diese el caso] y no existiera controversia. Aunque la regla registral dispone, *in fine*, que deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para la validez y eficacia de la declaración de voluntad regulada, no está

claro si el legislador se refiere solo al reconocimiento de paternidad que cabe entender efectuado cuando es el padre quien, en el plazo para inscribir al recién nacido, manifiesta su conformidad a la determinación de la filiación (reconocimiento sujeto, sin duda, a los artículos 121 y 124 CC). Desde luego el régimen del artículo 124, párrafo 2º, CC, sí resulta aplicable, porque se ha reformado su tenor literal: la inscripción de la filiación del padre o progenitor no gestante practicada dentro del plazo establecido para inscribir el nacimiento podrá suspenderse a simple petición de la madre o progenitor no gestante durante el año siguiente al nacimiento.

En relación con la segunda maternidad no matrimonial, una nueva norma que no ha motivado el legislador es la contenida en el reformado artículo 44.6 LRC. Se ha previsto, sorprendentemente, la posibilidad de un reconocimiento de la madre no gestante con posterioridad a la inscripción del nacimiento. La regla es la siguiente: «El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable [en nuestro caso serían las del artículo 120.2º CC]. Si se realizare mediante declaración del padre o madre no gestante ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor». Sobre esta equiparación de la “madre no gestante” con el “padre” que reconoce su paternidad (equiparación que no hace el artículo 120 CC), correrán ríos de tinta, a buen seguro.

5. La determinación de la paternidad no matrimonial de la pareja del hombre trans que da a luz, por declaración conforme del progenitor no gestante al inscribir al recién nacido, se quiere admitir expresamente en el artículo 120.1º CC. No se prevén más supuestos, aunque también es imaginable que el hombre trans (progenitor gestante) esté casado con un hombre o que esté casado con una mujer, o que su pareja sea una mujer, o que la paternidad del nacido se reconozca después de la inscripción del nacimiento. No creo que haya ningún problema para aplicar en estos casos, cuando proceda, las reglas generales de determinación de la paternidad, matrimonial o no matrimonial, o de determinación de una segunda maternidad.

La paternidad del marido del progenitor gestante podrá impugnarse, también, con arreglo a las reglas generales contenidas en los artículos 136 y 137 CC, aunque solo se

haya regulado expresamente la posible impugnación de la paternidad matrimonial por el hijo en el artículo 137, párrafo 1º, CC. Dispone el precepto que la filiación del padre o progenitor no gestante podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. El propio marido también podrá impugnar su paternidad *ex* artículo 136 CC. Y en cuanto a la paternidad no matrimonial del hijo de un hombre trans, progenitor gestante, podrá impugnarse con arreglo a los artículos 138, 140 y 141 CC, aunque no haya mención expresa.

6. En fin, numerosos artículos del Código Civil se han reformado «procediendo a la implementación del lenguaje inclusivo», como se indica en el Preámbulo de la Ley 4/2023. Se trata de los artículos 108 (clases de filiación), 109 (elección del orden de los apellidos), 110 (deberes de cuidado aun sin patria potestad), 132 (legitimación activa para reclamar la determinación judicial de la filiación no matrimonial), 163 (resolución de los conflictos de intereses) y 170 CC (privación de la patria potestad). En todos ellos se ha sustituido la referencia anterior al padre y/o la madre por la referencia ahora al progenitor o los progenitores. Incluso cuando la filiación es adoptiva, y por tanto nada tiene que ver la genética con la filiación. El legislador prefiere el término “progenitor” a “madre” o “padre”. Con ello, continúa la política iniciada en leyes previas que intentan expresarse con un lenguaje más inclusivo y representativo de distintos modelos familiares.

Dos observaciones. No se ha erradicado completamente el genérico “padres” del Código civil (al legislador se le ha olvidado reformar el artículo 115, por ejemplo), lo que desde un punto de vista de técnica legislativa es criticable. Los nombres de madre y padre siguen presentes en el Código, igual que la distinción entre filiación materna y filiación paterna (también en la Ley del Registro Civil), lo que dogmáticamente tiene un enorme significado.

La referencia a la “persona menor” en lugar de al “menor” en el artículo 124, párrafo 1º, CC, chirría bastante, puesto que se mantiene este masculino genérico en los artículos 121 y 125 CC.

7. Y termino esta tribuna, reseñando la nueva redacción dada a la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que incide en los sujetos que pueden adoptar a un menor de edad. Esa Ley, que modificó determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, dispuso que sus referencias a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor

serían también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal. Ahora se dispone que tales referencias serán aplicables a los integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal.

# LA EVALUACIÓN DE LAS NECESIDADES Y EXIGENCIAS DEL CLIENTE EN LA DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS<sup>1</sup>

*The assessment of the client's demands and needs by insurance distributors*

NOELIA COLLADO-RODRÍGUEZ

[noelia.collado@udc.es](mailto:noelia.collado@udc.es)

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil  
Universidade da Coruña (UDC)

## *Cómo citar / Citation*

Collado-Rodríguez, N. (2023).

La evaluación de las necesidades y exigencias del cliente en la distribución de seguros  
*Cuadernos de Derecho Privado*, 5, pp. 8-41

.....F QKj wr u-1f qkQti B208437: lefr 08.....  
(Recepción: 6/03/2023; aceptación tras revisión: 20/04/2023; publicación: 28/04/2023)

## **Resumen**

El presente estudio analiza la evaluación de las necesidades y exigencias del cliente en el mercado de seguros introducida en la Directiva (UE) 2016/97 de distribución de seguros e incorporada a través del RD-L 3/2020. Esta evaluación de carácter preceptivo se une a otras ya implementadas en el mercado de inversión y en el de crédito con el objetivo de salvaguardar los intereses de los clientes y/o consumidores y evitar que vuelvan a repetirse ciertas prácticas que dieron lugar a crisis financiera de 2007. El propósito de este trabajo consiste en determinar el marco jurídico de esta evaluación ante la falta de concreción de la que adolecen las normas legales que lo establecen.

## **Palabras clave**

Evaluación de las necesidades y exigencias; distribución de seguros; venta informada; venta asesorada; mercado asegurador.

## **Abstract**

This paper analyses the client's «demands and needs test» introduced by the Insurance Distribution Directive (UE) 2016/97 and transposed by the Spanish *Real Decreto-Ley 3/2020*. This compulsory assessment joins others already established in the investment and credit markets with the purpose of protecting costumers and/or consumers' interests as well as avoiding mis-selling. The aim of this study is to examine this assessment's legislative rules to define a legal framework coherent with the goal of the assessment.

## **Keywords**

Needs and demands test; insurance distribution; insurance market; informed sale; advised sale.

## **SUMARIO:**

---

<sup>1</sup> Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado *¿Hacia un mercado financiero de consumo sostenible? Mecanismos jurídicos-privados de control en el escenario postcrisis* (DER 2017-88714-P).

---

I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA JURÍDICA. II.1. ¿Obligación precontractual? II.2. ¿Carácter consumerista de la evaluación? III. SUJETOS OBLIGADOS A REALIZAR LA EVALUACIÓN. IV. FINALIDAD Y CONTENIDO DE LA EVALUACIÓN. IV.1. Objetivo de la evaluación. IV.2. Objeto de la evaluación. IV.2.1. Las exigencias del cliente. IV.2.2. Las necesidades del cliente. V. VENTA INFORMADA. V.1. Venta informada vs venta asesorada. V.2. Procedimiento evaluador. V.2.1. Deber de averiguación de las necesidades y exigencias del cliente. V.2.2. Deber de determinar las exigencias y necesidades del cliente. V.2.3. Deber de comercializar seguros que cumplan las exigencias y necesidades del cliente. V.3. Cumplimiento (e incumplimiento) de las obligaciones derivadas de la evaluación. V.4. Consecuencias del incumplimiento. VI. VENTA ASESORADA. VII. CONCLUSIONES. *Bibliografía.*

---

## I. INTRODUCCIÓN

La transposición en nuestro ordenamiento de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros (en adelante, DDS) a través del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero<sup>2</sup> (en adelante, RD-L 3/2020), supuso la incorporación en nuestro ordenamiento de una nueva evaluación previa a la contratación en los mercados financieros. Con la evaluación de idoneidad y conveniencia en materia de instrumentos financieros y la evaluación de la solvencia del consumidor de crédito<sup>3</sup> son ya tres las evaluaciones previas a la contratación introducidas por el legislador europeo en estos mercados, que no hacen sino evidenciar el impacto que la crisis económica y financiera de 2007 tiene aún en nuestros días<sup>4</sup>. Efectivamente, la implementación de este tipo de medidas trae causa de la idea surgida tras la crisis de que los deberes de información –ampliamente utilizados en ámbitos donde existe asimetría informativa, como los mercados financieros o en las relaciones con consumidores<sup>5</sup>– por sí solos no eran suficientes para proteger a la parte en posición de inferioridad, y debían complementarse con otras medidas de protección<sup>6</sup>.

La primera cuestión que llama la atención al observar la normativa relativa a la evaluación de necesidades y exigencias del cliente de seguros es la falta de una regulación expresa y detallada de la misma, al contrario de lo que ocurre con las evaluaciones de idoneidad y conveniencia y –en menor medida– con la evaluación de solvencia del consumidor de crédito.

---

<sup>2</sup> Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, *de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.*

<sup>3</sup> Maesschalck (2017: 60) observa cómo las Directivas MiFID II, Solvencia II, PRIIPs y de crédito inmobiliario se desarrollaron en paralelo y cómo la modificación en la propuesta de alguna de estas Directivas influía en las demás. Afirma incluso que algunas medidas se convirtieron en elementos horizontales de estas normas.

<sup>4</sup> Cfr. Maesschalck (2017: 59).

<sup>5</sup> Cfr. Moloney (2015: 754-755).

<sup>6</sup> Cfr. Moloney (2015: 754-757). Pridgen (2012: 615-639). Reifner et al. (2003: 52-53). Peñas Moyano (2020: 2).

De hecho, la existencia de la evaluación de necesidades y exigencias debe deducirse del texto de los arts. 20.1 DDS y 175.1 RD-L 3/2020 que obligan, por un lado, a delimitar las necesidades y exigencias del cliente y, por otro, a proponer únicamente seguros que se ajusten a las referidas necesidades y exigencias. No es de extrañar, por tanto, que esta evaluación se conozca como la «evaluación de las necesidades y exigencias del cliente»<sup>7</sup>.

Ante esta falta de previsión normativa, parece necesario delimitar un marco jurídico para la evaluación de necesidades y exigencias del cliente de seguros que permita una aplicación coherente con su finalidad tuitiva: la protección del *cliente* del mercado de seguros. Este propósito exige un análisis pormenorizado de la naturaleza jurídica de la evaluación, de los sujetos que están obligados a llevarla a cabo y de las sanciones de corte jurídico-privado que pueden derivarse de su incumplimiento a través de la regulación de esta evaluación contenida en la DDS y en el RD-L 3/2020. A estos efectos, utilizaremos la distinción entre «venta informada»<sup>8</sup> y «venta asesorada»<sup>9</sup> que realiza el RD-L 3/2020 en su Preámbulo. Como veremos, tanto en la venta informada como en la asesorada deberá llevarse a cabo la evaluación de necesidades y exigencias. La diferencia entre ambas reside en que en la venta asesorada lleva aparejado el servicio de asesoramiento y, por consiguiente, la recomendación personalizada de un producto. Esta circunstancia implica que una y otra venta, a pesar de tener un núcleo y objetivo similar, van a perseguir resultados ligeramente distintos<sup>10</sup> e, incluso, va a determinar qué sujetos van a llevarlas a cabo<sup>11</sup>.

Este trabajo se va a estructurar en el siguiente orden: en el apartado II vamos a examinar la naturaleza jurídica de la evaluación, si tiene carácter preceptivo y si se trata de un deber incardinado en el Derecho de consumo. En el apartado III se van a delimitar quiénes son los sujetos catalogados como *distribuidores de seguros* y cómo esta circunstancia va a afectar a la realización de la evaluación. El apartado IV va a dedicarse al estudio de la finalidad perseguida

---

<sup>7</sup> En inglés, *demands and needs test*, vid. EIOPA, «*Technical advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution Directive*», EIOPA – 17/048, 1 de febrero de 2017, §.44º; y, Siri (2021: 121).

<sup>8</sup> La venta informada es aquella que se realiza conforme a las exigencias y necesidades del cliente, basándose en informaciones obtenidas del mismo, y que busca facilitarle información objetiva y comprensible del producto de seguro para que el cliente pueda tomar una decisión fundada. Cfr. Preámbulo RL-L 3/2020.

<sup>9</sup> La venta asesorada es aquella que se basa en la existencia de una recomendación personalizada hecha al cliente, a petición de este o a iniciativa del distribuidor de seguros, respecto de uno o más contratos de seguro. Cfr. Preámbulo RL-L 3/2020.

<sup>10</sup> En la venta informada el distribuidor debe asegurarse de que el producto ofrecido satisface las necesidades y exigencias del cliente; mientras que, en la venta asesorada, el distribuidor debe realizar una recomendación personalizada en la que se indique qué producto –o productos– satisface mejor las necesidades y exigencias del cliente.

<sup>11</sup> Los corredores están obligados a prestar asesoramiento –ex art. 155.2 RD-L 3/2020–, mientras que el resto –aseguradora, agente de seguros y operador de banca-seguros– está obligado a realizar ventas informadas, pudiendo eso sí, prestar asesoramiento adicionalmente.

con la evaluación y cuál es su contenido, esto es, qué debe entenderse por necesidades y exigencias del cliente. En el epígrafe V analizaremos cómo debe desarrollarse la evaluación en la venta informada a partir de las –escasas– referencias que encontramos en la DDS y en el RD-L 3/2020, incidiendo en cuándo debe entenderse cumplida la obligación de llevar a cabo las necesidades y exigencias del cliente y cuáles son las consecuencias del incumplimiento. El epígrafe VI se dedicará al examen de la venta asesorada, atendiendo únicamente a los aspectos en los que se separe o difiera del esquema propuesto para la venta informada.

## II. NATURALEZA JURÍDICA

La primera cuestión que se va a abordar es la relativa a la naturaleza jurídica de la evaluación de las necesidades y exigencias del cliente en la distribución de seguros. Para ello, vamos a analizar si se trata de una medida preceptiva, si se incluye dentro de los deberes de carácter precontractual y, por último, si se trata de una obligación de Derecho de consumo o, simplemente, de protección del cliente financiero.

### II.1. ¿Obligación precontractual?

El tenor literal de los arts. 20.1 DDS y 175 RD-L 3/2020 establece, por un lado, que el distribuidor de seguros *especificará o determinará [...] las exigencias y necesidades de dicho cliente*; y, por otro lado, añade en el párrafo siguiente que *cualquier contrato de seguro que se proponga debe respetar las necesidades y exigencias del cliente en materia de seguros*. Parece claro, por tanto, que existe la obligación de *determinar* o *especificar* las necesidades y exigencias del cliente como condición esencial y necesaria para comercializar solo aquellos productos que se ajusten a esos parámetros –necesidades y exigencias del cliente–. En este sentido también se pronuncia también el Cdo. 44º de la DDS al establecer que *la venta de seguros debe ir siempre acompañada de un test sobre las exigencias y necesidades [...] del cliente*. Por lo tanto, no hay duda de que la realización de un test de exigencias y necesidades del cliente es obligatoria, como también lo es que se actúe conforme al resultado de la evaluación<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> En este sentido cabe señalar la importancia de que los arts. 20.1 DDS y 175.1 RD-L 3/2020 indiquen de forma expresa que los distribuidores deben acatar el resultado de la evaluación ya que, aunque sea un deber implícito de la evaluación –si no, qué sentido tiene hacerla–, proporciona seguridad jurídica a los operadores en el mercado. Esto es lo que ha ocurrido en el seno del mercado de crédito en relación con el crédito al consumo, ya que ni la Directiva de crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo) ni la norma de transposición (Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo) contempla el deber de actuar conforme al resultado de evaluar la solvencia del consumidor denegando los créditos cuando se obtenga una evaluación negativa –esto es, que previsiblemente no

Sentado lo anterior, puede igualmente observarse en el texto de los arts. 20.1 DDS y 175.1 RD-L 3/2020 que la obligación de realizar la evaluación debe materializarse previamente a la perfección del contrato de seguro; pero no solo eso, sino que la evaluación deberá hacerse *antes de la proposición de un contrato de seguro*. De manera que, en lo que se refiere al momento en el que debe llevarse a cabo, la evaluación deberá practicarse en una fase intermedia del proceso de distribución del seguro: después de la recopilación de información sobre las necesidades y exigencias del cliente, pero antes de la proposición de cualquier producto de seguro.

En definitiva, la realización de un test de exigencias y necesidades del cliente de seguros constituye una obligación legal a cargo de los distribuidores de seguros que debe realizarse en la fase precontractual, previamente al ofrecimiento de un producto de seguro concreto.

## II.2. ¿Carácter consumerista de la evaluación?

Otro aspecto relativo a la naturaleza jurídica de la evaluación de necesidades y exigencias es si se trata de una obligación encuadrable dentro de la normativa de protección al consumidor ya que, de ser así, la evaluación de las necesidades y exigencias deberá interpretarse de manera favorable al consumidor y de conformidad con el resto de legislación de protección a este colectivo<sup>13</sup>.

La DDS no es, *a priori*, una norma de protección del consumidor, sino que tiene como objetivo recopilar y armonizar –con carácter de mínimos– la normativa aplicable a la distribución de seguros y reaseguros, como afirma la motivación de la Directiva<sup>14</sup>. De hecho, el art. 1º DDS, relativo a su ámbito de aplicación, omite cualquier referencia al sujeto receptor de la actividad de distribución de seguros, centrándose en los sujetos activos y en las actividades que quedan incluidas en el paraguas de la Directiva. En lo anterior abundan las constantes referencias al *cliente* (vid. el propio art. 20.1 DDS) como destinatario de los servicios de distribución. Lo mismo puede afirmarse respecto del RD-L 3/2020 ya que, al igual que la DDS, su ámbito de aplicación excede el de las relaciones de consumo<sup>15</sup> y se refiere al destinatario de los servicios de distribución como *cliente*, no como consumidor<sup>16</sup>.

---

podrá hacer frente a la devolución del contrato de crédito—. Esta omisión dio lugar a diversidad de opiniones doctrinales en torno a si existía o no la obligación de denegar el crédito en caso de una evaluación negativa. *Vid.* Álvarez Olalla (2017: 778) y los ahí citados.

<sup>13</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano (2015:48).

<sup>14</sup> *Vid.* Cdos. 2º y 3º DDS.

<sup>15</sup> *Vid.* art. 130 RD-L 3/2020 que, al regular el ámbito subjetivo de aplicación, se refiere únicamente a la parte activa de la relación, es decir, a los distribuidores de seguros, sin referencia alguna a los destinatarios de dichos servicios.

<sup>16</sup> Basta ver las continuas referencias al *cliente* a lo largo del art. 175 DDS.

Sin perjuicio de lo anterior, no deben tampoco ignorarse las numerosas referencias que diferentes considerandos de la DDS dedican a la figura del consumidor como potencial cliente en las actividades de distribución de seguros<sup>17</sup>. En efecto, una de las ideas más relevantes –si no la que más– que subyace de la motivación de la DDS es la protección del consumidor<sup>18</sup>, hasta el punto de afirmar el Cdo. 43º que *la finalidad de la Directiva es aumentar la protección del consumidor*<sup>19</sup>. En este sentido cabe apuntar que la segunda parte del mencionado Cdo. 43º establece que las disposiciones que regulan las normas de conducta de los distribuidores de seguros solo afectan a las relaciones entre empresas y consumidores. Si tenemos en cuenta que la evaluación de las necesidades y exigencias se recoge en el art. 20 DDS que se encuentra ubicado en el Cap. V relativo a las *obligaciones de información y normas de conducta*, la evaluación debería entonces aplicarse únicamente a las relaciones de consumo. Sin embargo, el cuerpo normativo de la DDS guarda silencio sobre esta cuestión, omitiendo cualquier referencia a la figura del consumidor, tanto en el art. 1, que configura su ámbito de aplicación, como en el art. 17, que recoge el principio general relativo a las obligaciones de información y normas de conducta. Por lo tanto, nos encontramos ante una contradicción entre el texto normativo de la DDS y su propia motivación que, lejos de arrojar luz sobre la cuestión, la empaña aún más<sup>20</sup>. Tampoco resulta de ayuda el hecho de que evaluaciones similares recogidas en la normativa de los mercados financieros tengan diferente naturaleza, siendo la evaluación de la solvencia en el mercado de crédito una obligación de Derecho de consumo<sup>21</sup>, mientras que las evaluaciones de idoneidad y conveniencia aplicables a los mercados de inversión son normas de protección del cliente de mercados financieros.

A la vista de lo anterior, considero que no puede afirmarse que la evaluación de necesidades y exigencias sea una norma de Derecho de consumo por dos razones

---

<sup>17</sup> Vid. Cdos. 6º, 10º, 16º, 21º, 43º y 44º DDS.

<sup>18</sup> Como también reflejan otros autores: vid. Hofmann et al. (2018: 743-747). Maeschalck (2017: 65).

<sup>19</sup> Además de mencionado Cdo. 43º, cabe apuntar que el Cdo. 10º recalca *la importancia de garantizar la protección del consumidor de manera efectiva en los sectores financieros*; el Cdo. 21º habla de la importancia de que los Estados miembros cooperen en el cumplimiento de las obligaciones de la DDS *a fin de garantizar una alta calidad del servicio y una protección eficaz del consumidor*; o, el Cdo. 6º que afirma que *todos los consumidores deben gozar del mismo nivel de protección a pesar de las diferencias entre los canales de distribución*.

<sup>20</sup> Lo mismo ocurre a la vista del informe titulado «*Technical Advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution Directive*» elaborado por la *European Insurance and Occupational Pensions Authority* (EIOPA-17/048), de 1 de febrero de 2017, que habla de los consumidores como figura central sobre la que pivota la protección de la DDS. Sin embargo, parece que habla de consumidores (*consumers*) como los destinatarios del servicio en general o como sinónimo de clientes, no en el sentido de quien adquiere para un propósito ajeno al empresarial o profesional.

<sup>21</sup> Tanto la Directiva 2008/48/CE de crédito al consumo, como la Directiva 2014/17/UE de crédito inmobiliario son normas de protección al consumidor, aunque exista la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación respecto de esta última.

fundamentales: la primera es que ni la DDS ni el RD-L 3/2020 son normas de Derecho de consumo en tanto su ámbito de aplicación subjetivo no se circunscribe a las relaciones de esta índole. La segunda es que la motivación de una norma europea no tiene fuerza legal, sino valor interpretativo, por lo que no existe sustento legal expreso que permita subsumir esta evaluación dentro las normas de protección del consumidor. Esto no quiere decir que la normativa de Derecho de consumo no sea de aplicación en ningún caso, sino que entrará en juego cuando exista una relación de consumo en los términos previstos en el RD 1/2007<sup>22</sup>. De esta manera, la evaluación de las necesidades y exigencias del cliente en el mercado de seguros es una norma de protección del cliente de los mercados financieros, pero si el cliente es, además, consumidor, deberán entonces aplicarse las normas de protección del consumidor.

### III. SUJETOS OBLIGADOS A REALIZAR LA EVALUACIÓN

Procede ahora concretar quién o quiénes son los sujetos obligados a ejecutar la evaluación de necesidades y exigencias del cliente. Tanto la DDS como el RD-L 3/2020 indican que será el distribuidor quien deberá llevar a cabo la parte de la evaluación relativa a la determinación de las necesidades y exigencias del cliente<sup>23</sup>, pero acuden a construcciones gramaticales impersonales al referirse a la posibilidad de comercializar únicamente seguros que se ajusten a las necesidades y exigencias, y a las especialidades que deben observarse cuando se preste asesoramiento<sup>24</sup>. Partiendo de la premisa de que el distribuidor es quien va a estar en contacto con el cliente en la fase precontractual y, además, es quien va a realizar las conductas conducentes a la determinación de sus necesidades y exigencias, lo lógico será que sea este quien lleve a cabo la totalidad de la evaluación ofreciendo seguros coherentes con el resultado de la misma. Especialmente, si tenemos en cuenta que el distribuidor debe estar capacitado profesionalmente para llevar a cabo esta evaluación<sup>25</sup>.

Los distribuidores son, por tanto, los sujetos obligados a realizar la evaluación objeto de estudio, incluyéndose en dicho concepto a todas las personas físicas y jurídicas que ejerzan la actividad de distribución de seguros (a la vista del ámbito de aplicación de la DDS y del RD-

---

<sup>22</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*.

<sup>23</sup> *Ex* arts. 20.1 DDS y 175.1 RD-L 3/2020.

<sup>24</sup> Cuando dice: «cualquier contrato que se proponga» o «si se facilita asesoramiento», *ex* arts. 20.1, 2º y 3º párrafo, DDS y 175.1 RD-L 3/2020.

<sup>25</sup> *Ex* art. 10 DDS, que se transpone en varios artículos del RD-L 3/2020 en función de la condición que ostente el distribuidor de seguros (empleado de una entidad aseguradora, agente, corredor, etc.): 139.2; 147.3 b); 152 d); 157 d).

Ley 3/2020)<sup>26</sup>. Sin embargo, el RD-Ley 3/2020 profundiza en este aspecto concretando qué sujetos concretos intervienen en la actividad de distribución de seguros y estableciendo un breve régimen jurídico para cada uno de ellos en su Sección 1ª del Capítulo III, titulada «[D]e los distribuidores de seguro»<sup>27</sup>.

Conforme a lo dispuesto en los arts. 134 y 135 RD-Ley 3/2020, se consideran distribuidores de seguros: las entidades aseguradoras<sup>28</sup>, los mediadores de seguros (ya sean complementarios o no), incluyendo en ese último concepto a los agentes y a los corredores de seguros, y los «operadores banca-seguros». Como puede observarse, cada uno de estos sujetos ejerce la actividad de distribución en el marco de relaciones jurídicas complejas, que difieren de uno a otro y que afectan a las relaciones negociales que surgen con el cliente. Por lo tanto, se hace necesario analizar las relaciones negociales que se originan entre los diferentes actores en la distribución de seguros.

Si la distribución de seguros se realiza por la aseguradora a través de sus empleados, no hay duda entonces de que los contratos celebrados por estos se reputarán celebrados por la propia aseguradora<sup>29</sup>. El problema –o, más bien, la complejidad– se deriva de la intervención de un tercero que medie entre la aseguradora y el cliente, que podrá ser un agente, un corredor o un operador de banca-seguros.

El agente de seguros está vinculado a una o varias aseguradoras a través de un contrato de agencia<sup>30</sup> y están considerados como una prolongación de la propia aseguradora<sup>31</sup>. No es de extrañar, por tanto, que el legislador equipare la actuación de los agentes a los realizados por los empleados de la aseguradora, como se desprende del art. 143 RD-L 3/2020 que atribuye a la aseguradora la responsabilidad civil derivada de la actuación de los agentes y sus colaboradores externos.

---

<sup>26</sup> Entendiendo como tal «toda actividad de asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro, de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro, incluida la aportación de información relativa a uno o varios contratos de seguro de acuerdo con los criterios elegidos por los clientes a través de un sitio web o de otros medios, y la elaboración de una clasificación de productos de seguro [...]», *ex art. 2.1 I)* de la DDS y, en términos muy similares el art. 129 RD-L 3/2020.

<sup>27</sup> La actividad de distribución de seguros realizada por la aseguradora se regula en los arts. 138 y 139 RD-Ley 3/2020; la distribución de seguros realizada por agentes de seguros se regula en los arts. 140 a 149 RD-Ley 3/2020; la distribución por operadores de banca-seguros en los arts. 150 a 154; y la distribución por corredores de seguros se contempla en los arts. 155 a 159.

<sup>28</sup> La inclusión de las aseguradoras como distribuidor de seguros supone una novedad respecto de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, que las excluía expresamente en su artículo 3. Cfr. Veiga Copo (2019: 107).

<sup>29</sup> Así, además, lo corrobora el art. 138 RD-L 3/2020 *in fine*.

<sup>30</sup> *Ex art. 140 RD-L 3/2020.*

<sup>31</sup> Veiga Copo (2019: 127).

El operador de banca-seguros, por su parte, es una figura autónoma pero fácilmente asimilable a la del agente<sup>32</sup>. A la vista del régimen jurídico establecido en los arts. 150 a 154 del RD-L 3/2020 se observa que los operadores de banca-seguros también operan bajo el paraguas de la aseguradora, como demuestra el hecho de que legislador remita su regulación al régimen de los agentes, salvando algunas particularidades. Asimismo, los operadores de banca-seguros pueden estar vinculados con la aseguradora a través de un contrato de agencia o de un contrato de prestación de servicios recíprocos<sup>33</sup>. Por último, abunda en la idea de que los operadores de banca-seguros son una figura equiparable al agente en el sentido de que se integra en sistema organizativo de la aseguradora el hecho de el art. 152.1 letra g) impute a la aseguradora la responsabilidad civil profesional derivada de su actuación<sup>34</sup>.

Si, en cambio, el tercero que media en la relación aseguradora-cliente es un corredor, la situación cambia. El corredor de seguros es independiente de la empresa aseguradora y los deberes que surgen de su actividad profesional son para con el cliente: ofrecerle asesoramiento independiente; informarle sobre las condiciones del contrato; ofrecerle la cobertura que mejor se adapte a sus necesidades, entre otras<sup>35</sup>. Por lo tanto, la responsabilidad civil derivada de la actuación negligente o culposa recae sobre el propio corredor, que deberá asumir, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios que corresponda.

A la vista de lo anterior parece evidente que las diferencias entre los regímenes jurídicos de los diferentes sujetos que intervienen en la distribución de seguros van a afectar a cómo deberá llevarse a cabo la evaluación ya que, por ejemplo, el corredor está obligado a asesorar al cliente, debiendo llevar a cabo «ventas asesoradas» frente a la «venta informada» a la que están obligados aseguradores, agentes y operadores de banca-seguros, sin perjuicio de que estos ofrezcan servicios de asesoramiento de forma adicional y discrecional.

#### IV. FINALIDAD Y CONTENIDO DE LA EVALUACIÓN

A continuación procede analizar dos cuestiones fundamentales concernientes a la evaluación. La primera se refiere a su propósito o qué se pretende conseguir con la realización de la evaluación de necesidades y exigencias del cliente. La segunda se centra en delimitar los contornos de esta evaluación, esto es, qué debe evaluarse para alcanzar el objetivo propuesto.

---

<sup>32</sup> Cfr. Peñas Moyano (2021: 168).

<sup>33</sup> Cfr. art. 150 RD-L 3/2020.

<sup>34</sup> Aunque estos pueden también suscribir de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía financiera que cubra su actuación negligente en todo el territorio de la Unión Europea *ex* art. 152.1 letra g) RD-L 3/2020. Cfr. Agüero Ortiz (2021: 329).

<sup>35</sup> *Vid.* art. 155 RD-L 3/2020.

Este análisis previo resulta fundamental para poder configurar el contenido de la evaluación de necesidades y exigencias de manera que sea coherente con su finalidad y su objeto.

#### IV.1. Objetivo de la evaluación

En relación con el propósito o finalidad de la evaluación, el texto de la DDS es claro al establecer en su Cdo 44º la necesidad de realizar un test sobre las exigencias y necesidades del cliente «a fin de evitar que se produzcan ventas inapropiadas». El objetivo del test es, por tanto, que no se produzcan ventas inapropiadas o *mis-selling*, como se denominan en la versión en inglés, y que se traduce como la venta de un producto inadecuado para la persona que lo adquiere<sup>36</sup>. A través de la alusión a las *ventas inapropiadas* el legislador europeo parece referirse a las prácticas abusivas presentes en el mercado asegurador, consistentes en la explotación de obstáculos cognitivos del cliente<sup>37</sup>. Estas prácticas se han traducido en la venta de seguros que exceden las necesidades del cliente o, directamente, en la venta de seguros que son inapropiados<sup>38</sup>.

Esta idea se corresponde con el contenido de la segunda parte del Cdo. 44º, al establecer que *cualquier producto de seguro que se ofrezca al cliente ha de ser siempre coherente con las exigencias y necesidades de dicho cliente y debe presentarse de forma comprensible para que este pueda tomar una decisión con conocimiento de causa*<sup>39</sup>. En virtud de lo anterior, una venta inapropiada es aquella en la que el producto de seguro no se ajusta a lo que el cliente quiere y/o necesita, o no se presenta de forma comprensible para este. De esta manera, el test de exigencias y necesidades se erige en un mecanismo de protección del cliente de productos de seguros junto a la obligación de información prevista los apartados 4º y siguientes del art. 20 DDS y 175.4 RD-L 3/2020<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> El *Cambridge Dictionary* en su versión online traduce *mis-selling* como *the act of selling something that is not suitable for the person who buys it*.

<sup>37</sup> En concreto el sesgo denominado *peace-of-mind-bias* que no es otra cosa que aversión a la pérdida (*loss aversion*). Cfr. Everson (2015: 446).

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Esta idea –que la finalidad de la evaluación sea que el cliente tome una decisión con conocimiento de causa– también se encuentra en el Preámbulo del RD-L 3/2020 a propósito de la venta informada, pero se omite respecto de la venta asesorada. No obstante, a mi juicio, esta tesis se aplica igualmente respecto de la venta asesorada ya que la hipótesis de partida es la misma –que se recomienden productos que mejor satisfagan las necesidades y exigencias del cliente y, con dicha recomendación, el cliente tome una decisión razonada y fundada– y no hay ninguna circunstancia que nos lleve a pensar que no sea aplicable.

<sup>40</sup> La referencia a los deberes de información en los artículos citados se corresponde con la obligación de información en su forma evolucionada, de forma parecida a lo que ocurre con la obligación de explicaciones adecuadas en el crédito con consumidores: no se trata de una mera puesta a disposición de información, sino que la información debe ser *comprensible* para que el cliente pueda tomar una decisión *con conocimiento de causa*– arts. 20.4 DDS y 175.4 RD-L 3/2020. Sobre la obligación de proporcionar explicaciones adecuadas en la contratación de créditos al consumo y de crédito inmobiliario *vid.* Collado-Rodríguez (2019: 140-146).

## IV.2. Objeto de la evaluación

Una vez aclarado cuál es el objetivo de la evaluación estamos en disposición de abordar cuál es su objeto, es decir, qué debe evaluarse. Esta cuestión queda clara tanto en la DDS como en el RD-L 3/2020, al establecer que deben evaluarse las exigencias y necesidades del cliente. El problema reside en traducir en el ámbito práctico del mercado de seguros qué debe entenderse por *necesidades y exigencias*, de manera que los distribuidores de seguros sepan, en primer lugar, qué información solicitar; en segundo lugar, qué aspectos deben ser sometidos a evaluación y, por último, sean capaces de determinar si el producto es coherente con las circunstancias del cliente concreto. Esta interpretación debe hacerse, claro está, teniendo presente el objetivo de la evaluación, esto es, evitar que se produzcan ventas de productos inapropiados para el cliente.

### IV.2.1 Las exigencias del cliente

Con carácter general, el cliente que trata de cubrir una necesidad con la adquisición de un producto de seguro (por ejemplo, el seguro de un automóvil o de hogar), tendrá ciertas pretensiones acerca de cómo quiere que se configure la relación negocial (por ejemplo, en el caso de un seguro de automóvil, si desea que sea «a todo riesgo» o «a terceros»). Estas pretensiones o solicitudes del cliente respecto de la configuración del seguro son lo que, a mi juicio, debería entenderse por *exigencias del cliente*. Sin embargo, esta aproximación al concepto podría dar lugar a entender que el cliente podría configurar la relación contractual desde cero y eso no es siempre así. Dentro del mercado asegurador –dejando fuera los seguros de grandes riesgos<sup>41</sup>– podemos encontrar dos modelos de negocio distintos: por un lado, tenemos el submercado de seguros que se distribuyen en masa, como seguros de hogar, automóvil, etc., en los que las necesidades del mercado están identificadas y, salvo excepciones, el cliente no va a tener capacidad de negociación suficiente para modificar las cláusulas predispuestas por la aseguradora (aunque sí que podrá, en ocasiones, hacer algún cambio como añadir o eliminar coberturas). Por otro lado, está el submercado de seguros *tailor-made* o adaptados a la situación particular del cliente, propios del ámbito empresarial (seguros de responsabilidad civil medioambiental; empresarial; o de administradores y directivos), en los

---

<sup>41</sup> La evaluación de las exigencias y necesidades del cliente no es obligatoria para los distribuidores de seguros cuando distribuyan productos de seguro de grandes riesgos. Los grandes riesgos son aquellos enumerados en el artículo 11 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, *de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*.

que los productos son más flexibles y el cliente tiene un mayor poder de negociación sobre la configuración del seguro.

Así las cosas, debe entenderse como *exigencias* aquellas preferencias manifestadas por el cliente relativas a la configuración del contrato de seguro y que serán relativas a aquellos aspectos sobre los que el cliente tenga poder de decisión. Aspectos que variarán en contenido y número en función del mercado en el que nos encontremos.

#### IV.2.2 Las necesidades del cliente

Como sabemos, el contrato de seguro es un mecanismo que permite a las personas eludir o paliar las consecuencias negativas de los riesgos que inciden sobre su persona o patrimonio mediante una dotación económica. El cliente de seguros, cuando adquiere un producto de estas características, busca protegerse frente a eventos que pueden afectarle negativamente (desde un incendio en el domicilio, a una enfermedad que le impide trabajar, hasta la responsabilidad civil derivada de una *mala praxis* profesional). Por lo tanto, podríamos pensar que lo que el cliente necesita es un seguro que brinde una protección adecuada atendiendo a sus circunstancias particulares. Sin embargo, salvando algunos caracteres elementales<sup>42</sup>, la tarea de establecer una serie de criterios que posibiliten apreciar de forma objetiva cuándo un determinado seguro se ajusta a las necesidades de un determinado cliente, teniendo en cuenta las posibilidades del mercado asegurador y la infinita casuística en torno a las necesidades de cada cliente concreto, se antoja una tarea muy complicada. Más si cabe si tenemos en cuenta que, cuando se trata de productos de seguro distribuidos en masa, puede ocurrir que los productos existentes no se adecuen totalmente a las posibles necesidades del cliente o que, por las circunstancias del cliente, la aseguradora no desee incluir una determinada cobertura, o la incluya delimitándola de manera que no pueda afirmarse desde un punto objetivo que sea satisfactoria para el cliente.

Ante esta situación, parece razonable acudir a un criterio de necesidad objetivo para entender si el seguro se ajusta a las necesidades del cliente. Es decir, en lugar de determinar si el producto, en sí mismo considerado, se ajusta a las circunstancias del cliente, se valorará si el seguro responde a lo que el cliente espera de dicho contrato.

La siguiente cuestión es determinar o, al menos, delimitar qué es lo que el cliente puede *legítimamente* esperar del seguro. Para ello, resulta de utilidad la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a las *expectativas razonables del asegurado* a propósito de la

---

<sup>42</sup> Como, por ejemplo, que la suma asegurada coincida con el valor del interés asegurado.

distinción entre cláusulas delimitadoras del objeto del contrato y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, sujetas a un régimen especial recogido en el art. 3 LCS. Con la inclusión de este concepto el Tribunal Supremo instaura un criterio de carácter objetivo –similar al propuesto– para valorar si la cláusula controvertida tiene carácter limitativo, en cuyo caso, deberá ser aceptada específicamente por escrito (art. 3 LCS).

A través de la doctrina de las *expectativas razonables del asegurado* el Tribunal Supremo define qué es lo que el asegurado puede *razonablemente esperar* de la perfección de un concreto contrato de seguro, que no es otra cosa que la cobertura de aquellos riesgos que constituyan una prestación natural del tipo de seguro contratado. Esta es la idea que se desprende de la STS de 12 de diciembre de 2019<sup>43</sup> al señalar que las *expectativas razonables del asegurado*, se dan cuando *una determinada cobertura de un siniestro es objetiva y razonablemente esperada por el asegurado, por constituir prestación natural de la modalidad del seguro concertado*. El mismo razonamiento subyace en la STS de 22 de marzo de 2021<sup>44</sup> que concluye respecto de la cláusula objeto de litigio<sup>45</sup> que *alteraba el contenido usual de este tipo de contratos –póliza multirriesgo familia-hogar– alterando las expectativas razonables del asegurado, confiado en el texto de las condiciones particulares de la póliza*. Y añade que, *este tipo de cláusula que calificamos como limitativa, restringe de forma esencial, inesperada y exorbitante el objeto del seguro [...]*.

Estos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal –reproducidos en otras Sentencias<sup>46</sup>– tienen su origen en los requisitos establecidos por la STS de 22 de abril de 2016<sup>47</sup> para determinar si una determinada cláusula es contraria a las expectativas razonables del cliente, que se enumeran a continuación:

1. Que la cláusula no sea sorpresiva, es decir, que el cliente haya conocido las restricciones en cuanto a la cobertura. El conocimiento debe expresarse a través de la firma del cliente de las cláusulas que pueden resultar restrictivas *ex art. 3 LCS*.
2. Que la cláusula sea razonable y, aclara, *que no vacíe de contenido el contrato*. En este sentido, la STS 14 de julio de 2020<sup>48</sup> identifica el vaciamiento del contenido del contrato con la inclusión de cláusulas que no respeten o sean congruentes con el propio objeto del

---

<sup>43</sup> STS 3943/2019, ECLI:ES:TS:2019:3943.

<sup>44</sup> STS 1081/2021, ECLI:ES:TS:2021:1081.

<sup>45</sup> Se trataba de una cláusula que limitaba la cobertura de daños ocasionados por la lluvia cuando esta no excediese de 40 litros por metro cuadrado en una hora consecutiva.

<sup>46</sup> *Vid.*, entre otras, SSTs 2500/2020 de 14 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2500; y 679/2021 de 17 de febrero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:679.

<sup>47</sup> STS 273/2016, ECLI:ES:TS:2016:1662.

<sup>48</sup> STS 2500/2020, ECLI:ES:TS:2020:2500.

seguro. En la referida Sentencia, el TS declara una cláusula que fija unos límites notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de responsabilidad civil como limitativa del derecho del asegurado a la libre elección de abogado. Añadiendo que [con el mantenimiento de la cláusula] *se estaría restringiendo la cobertura esperada por el asegurado, y quedaría desnaturalizada la defensa jurídica accesoria al seguro de responsabilidad civil.*

3. Que la cláusula no frustre el fin económico del contrato y, por tanto, no le prive de causa.

A la vista de estos requisitos puede afirmarse que las *expectativas razonables* del cliente constituyen lo que un asegurado medio puede esperar de un contrato de seguro, que no es otra cosa que el producto que adquiere sea conforme a la naturaleza del contrato, a los extremos indicados en la publicidad e información precontractual, y a las preferencias que haya manifestado y que hayan sido aceptadas por el distribuidor.

Así pues, la doctrina de las *expectativas razonables del cliente* sirve de base jurídica al criterio propuesto como parámetro para determinar cuándo deben entenderse cumplidas las necesidades y exigencias del cliente. Pero no solo eso, sino que de esta doctrina es el germen de una idea que se ha materializado en la DDS: la necesidad de que se ofrezcan productos seguros desde el punto de vista económico para los clientes en el mercado asegurador. Esta tesis sería coherente y conforme con otros regímenes legales incluidos en el Derecho de consumo que, si bien no resultan de aplicación a este supuesto<sup>49</sup>, también aportan solidez al criterio propuesto. Nos referimos a la obligación de conformidad en la venta de bienes a consumidores (arts. 115 y ss. TRLGDCU) y al régimen de responsabilidad civil productos y servicios defectuosos (arts. 128 y ss. TRLGDCU).

Respecto al principio de conformidad, es sabido que, para que un bien de consumo sea conforme con el contrato, este debe cumplir con una serie de requisitos subjetivos y objetivos –recogidos, respectivamente, en los arts. 115 *bis* y 115 *ter* TRLGDCU– que, para lo que a nosotros nos interesa, pueden subsumirse en los siguientes:

---

<sup>49</sup> La primera razón es que, como hemos expuesto, la evaluación de las necesidades y exigencias no tiene carácter consumerista, mientras que la normativa citada se circunscribe a las relaciones de esta naturaleza. Ello sin perjuicio de que, si se trata de una relación de consumo, serían aplicable las normas de protección al consumidor. Respecto a la obligación de conformidad, el TRLGDCU excluye expresamente de su ámbito de aplicación objetivo a «[L]os servicios financieros» (*vid.* art. 114.2 *aparts. c) y g)* TRLGDCU). En el caso del régimen de responsabilidad por productos defectuosos, tampoco se aplicaría al no reunir el seguro la cualidad de producto; y, respecto de los servicios, por no implicar los servicios financieros un riesgo para la seguridad de las personas, que es el propósito de esta normativa. *Vid.* Parra Lucán (2018: 297).

- a) Que los bienes sean aptos para los fines a los que normalmente se destinen los productos del mismo tipo, teniendo en cuenta toda norma vigente que sea de aplicación o, en su caso, todo código de conducta específico del sector (*ex art. 115 ter*, apartado 1º, letra *a*) TRLGDCU).
- b) Que los bienes posean las cualidades y otras características que presentan normalmente los bienes del mismo tipo y que *el cliente* pueda razonablemente esperar dada su naturaleza y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario o en la publicidad (*ex art. 115 ter*, apartado 1º, letra *d*) TRLGDCU).
- c) Que los bienes sean aptos para los fines específicos para los que *el cliente* los necesite y que haya puesto en conocimiento del empresario, como muy tarde, en el momento la celebración del contrato y que haya sido aceptados por este (*ex art. 115 bis*, letra *b*), TRLGDCU).

En relación con el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos, podrá afirmarse la existencia del defecto en el producto cuando *no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación*<sup>50</sup> (*ex art. 137.1 TRLGDCU*). Así pues, las circunstancias que rodean al producto generan en el consumidor la confianza en que este reúne las exigencias básicas de seguridad. Si bien esta confianza en la seguridad del producto puede provenir de diversas fuentes, el legislador pone el foco en tres, de las que vamos a hacer referencia únicamente a las dos primeras por estar directamente relacionadas con el análisis en curso y son:

- La presentación del producto, esto es, la forma en que se ha comercializado, la información que ha recibido el consumidor, las instrucciones de uso y la publicidad<sup>51</sup>.
- La utilización razonablemente previsible del producto, es decir, un uso conforme o compatible con las instrucciones de uso<sup>52</sup>.

Por lo tanto, como ocurre con la obligación de conformidad, la publicidad e información que recibe el consumidor a través de los distintos canales son cruciales para la generación de unas determinadas expectativas –en este caso, de seguridad– que debe satisfacer el producto. Asimismo, debe tenerse en cuenta el uso que va a hacer el consumidor respecto del producto, o lo que es lo mismo, sus preferencias.

---

<sup>50</sup> No obstante, el TRLGDCU añade un criterio objetivo señalando que, *en todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie*, que funciona como un requisito mínimo (*ex art. 137.2 TRLGDCU*).

<sup>51</sup> *Vid.* Parra Lucán (2015: 1966).

<sup>52</sup> *Cfr. ibidem*, pág. 1966.

Los regímenes relativos a la obligación de conformidad y a la responsabilidad civil derivada de productos y servicios defectuosos junto al criterio jurisprudencial de las *expectativas razonables del cliente* proporcionan los criterios, a mi juicio, necesarios para delimitar cuáles son las expectativas de un asegurado medio. A la vista de estos regímenes parece claro que las expectativas de un asegurado medio se conforman a través de la propia naturaleza del seguro; de la información recibida de la publicidad o en la fase precontractual<sup>53</sup> y con las indicaciones del cliente en cuanto a sus preferencias –que hayan sido conocidas y aceptadas por el distribuidor–. De esta manera, cualquier estipulación que no se corresponda con los requisitos enumerados determinará que el seguro no se ajuste a las *necesidades* del cliente. Pero no solo eso, sino que tampoco se ajustará a las *exigencias*, ya que como puede observarse, el tercero de los requisitos se refiere a las indicaciones del cliente sobre sus preferencias. Así la evaluación de las preferencias del cliente se subsumiría en la evaluación de las necesidades, de manera que, si el seguro se ajusta a las necesidades, se va a ajustar necesariamente a las exigencias, aunque no al contrario.

## V. VENTA INFORMADA

A la hora de delimitar cómo ha de llevarse a cabo la evaluación cabe distinguir entre la distribución de seguros que lleva aparejada servicios de asesoramiento y aquella que no. Como se ha indicado en el apartado introductorio, el preámbulo del RD-L 3/2020 introduce esta distinción refiriéndose a la primera como «venta asesorada» y a la segunda como «venta informada».

### V.1. Venta informada vs. venta asesorada

En la venta asesorada el distribuidor presta un servicio adicional, consistente en la recomendación individualizada del producto que mejor convenga al cliente, lo que requiere un estudio pormenorizado de su situación personal. Es decir, el distribuidor debe igualmente evaluar las necesidades y exigencias del cliente, pero en una versión *cualificada* donde el resultado ya no es que se proponga un seguro que se ajuste a las necesidades y exigencias del cliente, sino que se recomiende el seguro que mejor se ajuste a esos parámetros. La venta informada de seguros se configura así como un deber de mínimos, aplicable a la comercialización de cualquier seguro –excepto grandes riesgos–; mientras que en la venta

---

<sup>53</sup> Vid. art. 20.7 DDC.

asesorada, el deber de asesoramiento implica que la evaluación pierda este carácter de obligación de mínimos para adquirir una mayor complejidad: ya no vale con cualquier seguro que se ajuste a las necesidades y exigencias del cliente, sino que tiene que recomendar el que mejor las satisfaga. Este deber que asume el distribuidor al prestar el servicio de asesoramiento es lo que motiva que existan ciertas especialidades en la evaluación cuando se trate de una venta asesorada, que en lo demás se mantiene igual que la venta informada. Por esta razón, vamos a analizar de forma separada la evaluación en la venta informada y en la venta asesorada, teniendo presente que en la primera la evaluación se configura como una suerte de modalidad *básica* frente a la versión *cualificada* que adopta en la venta asesorada. No obstante, como veremos, la evaluación en la venta asesorada se adapta al esquema propuesto para la evaluación en la venta informada, aunque con algunas particularidades derivadas de su carácter *cualificado*.

## V.2. Procedimiento evaluador

Como se ha apuntado, la venta informada requiere de la evaluación de las necesidades y exigencias del cliente<sup>54</sup> en su versión *básica* –en contraposición a la versión *cualificada* que es la que tiene lugar en la venta asesorada–. En este sentido, es importante recordar que los corredores no pueden en ningún caso llevar a cabo ventas informadas, ya que la naturaleza de esta figura exige la prestación de un servicio de asesoramiento que determina que toda actividad de distribución que lleven a cabo será una venta asesorada. En consecuencia, cuando hablamos de venta informada nos referimos a la actividad de distribución que, por defecto, llevan a cabo aseguradoras, agentes de seguros y operadores de banca-seguros; salvo que estos, de manera discrecional, ofrezcan servicios de asesoramiento adicionales, en cuyo caso, se aplicará el régimen de la venta asesorada.

Uno de los pilares fundamentales de la venta informada es la evaluación de las exigencias y necesidades del cliente. Sin embargo, los arts. 20.1 DDS y 175.1 RD-L 3/2020 no detallan qué procedimiento ha de seguirse, sino que se limitan a establecer, por un lado, que el distribuidor de seguros debe especificar cuáles son las exigencias y necesidades del cliente basándose en la información que haya obtenido de este y, por otro lado, que solo se propongan contratos que respeten dichas necesidades y exigencias. Lo que sí se puede extraer de los artículos mencionados es que van a existir tres fases o etapas a la hora de completar la evaluación: una inicial en la que el distribuidor debe recopilar información respecto del cliente; una intermedia en la que el distribuidor analizará dicha información para determinar cuáles son

---

<sup>54</sup> Además del suministro de información objetiva y comprensible, que queda fuera del objeto de este trabajo.

las exigencias y necesidades del cliente; y, una final en la que el distribuidor ofrecerá al cliente aquellos productos que *respeten* sus necesidades y exigencias.

Cada una de las fases o etapas de evaluación son fundamentales para poder llevar a cabo la siguiente y, teniendo en cuenta que la evaluación es preceptiva, puede afirmarse que cada una de las fases que componen el procedimiento evaluador es la manifestación de un deber concreto entre los que componen la obligación de evaluar la necesidades y exigencias del cliente de seguros.

Así pues, la obligación de llevar a cabo la evaluación se compone de tres deberes que deben llevarse a cabo de manera sucesiva: en primer lugar, el deber de averiguar las necesidades y exigencias del cliente; en segundo lugar, el deber de procesar dicha información; y, por último, el deber de actuar de conformidad con el resultado de la evaluación, no proponiendo productos de seguro que no se ajusten a las necesidades y exigencias del cliente. Deberes que, por otra parte, se corresponden –salvando las diferencias entre los productos– con los exigidos respecto de los prestamistas a la hora de evaluar la solvencia del consumidor de crédito<sup>55</sup> o con los exigidos en el marco de las evaluaciones de idoneidad y conveniencia<sup>56</sup>.

A continuación, procederemos a analizar cada uno de los deberes.

### **V.2.1. Deber de averiguación de las necesidades y exigencias del cliente**

La evaluación comienza con la obtención de información sobre las necesidades y exigencias del cliente. De conformidad con el tenor literal de los arts. 20.1 DDS y 175.1 RD-L 3/2020 es el distribuidor de seguros quien debe procurarse la información necesaria, pero deja en el aire ciertas cuestiones de calado, como si el distribuidor está obligado a consultar otras fuentes; qué información concreta debe solicitar; y cómo ha de solicitarse dicha información. Antes de analizar las cuestiones apuntadas, cabe precisar que la intensidad con la que debe realizar este deber va a variar en función de la complejidad del tipo de seguro o del tipo de cliente de que se trate, como indican los arts. 20.2 DDS y 175.3 RD-L 3/2020. En este sentido, parece que el submercado en el que se distribuya el seguro va a influir en la modulación de este deber de averiguación. Como se ha explicado, no es lo mismo que la evaluación se refiera a un seguro distribuido en masa, donde el cliente solo va a poder elegir determinadas coberturas o importes asegurados, que un seguro dirigido al ámbito empresarial, que permite una mayor

---

<sup>55</sup> Vid. arts. 8 DDC y 14 LCCC, respecto del crédito al consumo; y, arts. 18 DCI y 12 LCCI. Sobre los deberes que componen la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito, *vid.* Collado-Rodríguez (2019: 180-256).

<sup>56</sup> *Cfr.* Agüero Ortíz (2020: 338).

flexibilidad a la hora de configurarlo. Por lo tanto, puede intuirse que, en este último supuesto, el deber de averiguación o investigación de las *necesidades y exigencias* del cliente debe ser más concreto y exhaustivo ya que va a repercutir en la configuración del producto.

#### *A. Fuentes de información*

Respecto de las posibles fuentes de información, la DDS y el RD-L 3/2020 son claros al referirse únicamente al cliente como fuente de información. Cabe preguntarse, no obstante, si se cierra así la puerta a otras posibles vías, como la información que el distribuidor pueda tener del cliente de una relación comercial previa. La respuesta, a mi juicio, debe ser afirmativa, además de por la claridad del tenor literal del art. 20.1 DDS –y del 175.1 RD-L 3/2020 que lo reproduce–, porque las circunstancias previas sobre las que el distribuidor tiene conocimiento pueden haber cambiado, con lo cual, lo razonable es que el distribuidor actualice su información sobre esta concreta circunstancia.

Esta interpretación se ve reforzada, en mi opinión, por el hecho de que el distribuidor sea quien *deba* dirigirse al cliente a la hora de obtener la información necesaria para el análisis del riesgo de la operación *ex art. 10 LCS*<sup>57</sup>.

#### *B. Naturaleza de la información que debe obtenerse*

En cuanto a qué tipo de información debe obtener el distribuidor, la normativa solo establece que debe ser relativa a las *necesidades y exigencias* del cliente. Conforme al significado que hemos dado a estos términos a propósito de este trabajo, las necesidades y exigencias del cliente serían los contenidos o coberturas contractuales que el cliente puede razonablemente esperar, lo cual va a depender de la naturaleza del contrato, de la información publicitaria y precontractual, así como de las preferencias indicadas por el propio cliente. De estos extremos, el cliente solo puede proporcionar información sobre sus preferencias, por lo que la información versará sobre qué necesidades particulares pretende cubrir el cliente con el seguro (o, lo que es lo mismo, sus *exigencias*). De nuevo, hay que distinguir entre los contratos de seguro distribuidos en masa y los contratos de seguro *tailor made* ya que, en los primeros, las posibilidades de adaptar el contrato a las exigencias del cliente van a ser limitadas puesto que el producto va a estar mayormente predefinido. Los productos enfocados a un mercado eminentemente empresarial, por el contrario, van a admitir un mayor nivel de adaptación a las exigencias del cliente.

---

<sup>57</sup> Esta es no es una obligación del distribuidor de seguros, sino una carga jurídica consistente en preguntar al cliente sobre los extremos que considere necesarios para evaluar el riesgo de la operación y que se corresponde con el deber del cliente de contestar o declarar únicamente aquellos riesgos sobre los que ha sido preguntado. Cuestión distinta es que el cliente omita o de datos inexactos, en cuyo caso el asegurador tendrá derecho a resolver el contrato *ex art. 10 párrafo 2º LCS*.

En este sentido cabe plantearse si el distribuidor está obligado a ofrecer en todo caso un contrato de seguro que incorpore todas aquellas estipulaciones relativas a las preferencias manifestadas por el cliente. Esta idea es la que parece desprenderse de los arts. 20.1, 2º párrafo, DDS y 175.1, 2º párrafo, RD-L 3/2020, al establecer ambos que cualquier seguro que se proponga debe respetar las preferencias del cliente. Sin embargo, una respuesta positiva, además de ser solo válida cuando el distribuidor sea una compañía de seguros, sería contraria a la libertad de empresa, principio de rango constitucional y pilar del ordenamiento europeo. Considero, por tanto, que el distribuidor, una vez conocidas las preferencias del cliente, debe buscar un contrato de seguro que se ajuste a ellas. Si no fuera posible, deberá comunicárselo al cliente de manera expresa, de manera que este sepa de manera fehaciente que una determinada estipulación o preferencia no se va a incluir en el contrato y que, en función de esta circunstancia, decida si continúa con la contratación. Esta comunicación es, a mi juicio, fundamental ya que su omisión puede inducir a error al cliente que, una vez expresadas sus preferencias y no habiendo sido rechazadas, podría pensar que se han incorporado al contrato. Por otra parte, cabe igualmente apuntar que el cliente no está obligado a proporcionar información veraz y actualizada cuando expresa sus preferencias, sino que debe entenderse como una carga jurídica<sup>58</sup> que asume el cliente como principal interesado en proporcionar la información relevante, veraz y actualizada sobre la que versen sus preferencias. De no hacerlo, no podrá exigir la incorporación de las cláusulas que tengan por objeto la información sobre la que ha mentido u omitido información.

### *C. Medios de obtención de la información*

Sabiendo que el cliente es la fuente de información y que esta información debe versar sobre sus *necesidades y exigencias*, el siguiente punto es dilucidar cómo debe obtenerse dicha información.

La información relativa a las *necesidades y exigencias* del cliente debe obtenerse de forma directa del cliente. En la fase precontractual, el distribuidor debe atender a las cuestiones concretas planteadas por el cliente en relación con la configuración del seguro, por ejemplo, si desea que el seguro de hogar cubra los daños ocasionados por mascotas o los desplazamientos en bicicleta. Cabe plantearse si, en este caso, el distribuidor está obligado a preguntar por todas aquellas circunstancias que pueden afectar a las potenciales *necesidades y exigencias* del cliente o si, por el contrario, es el cliente quien asume la carga jurídica de comunicar los aspectos

---

<sup>58</sup> Cfr. Díez-Picazo (1993: 109-111).

concretos que quiere que queden cubiertos con el seguro y, en su caso, en qué circunstancias. A mi juicio, es el cliente quien asume la carga de transmitir al distribuidor los aspectos concretos que desea cubrir con el seguro y que no están incluidos en una cobertura estándar. La razón es que resultaría excesivamente gravoso para el distribuidor preguntar a cada cliente sobre todas aquellas circunstancias que, atendiendo al seguro en concreto, puede querer incluir dentro del seguro (a no ser, como veremos, que se esté prestando un servicio de asesoramiento). Por lo tanto, parece apropiado atribuir al cliente la carga de comunicar al distribuidor los extremos relativos a sus *necesidades y exigencias*. En cuanto a cómo deberá el cliente comunicar estos extremos, a falta de norma específica, habría que atenerse al principio de libertad de forma en la contratación. Sin embargo, resultaría muy recomendable dejar constancia de la comunicación en sí y su contenido (por ejemplo, una comunicación por correo electrónico o un correo electrónico que refleje lo comunicado por el cliente en una conversación presencial o telefónica) en aras de facilitar la prueba en caso de que exista un conflicto sobre la cobertura o sus condiciones respecto de un extremo comunicado por el cliente. Asimismo, resultaría igualmente recomendable que el distribuidor deje constancia de la comunicación en la que conste aquellas preferencias que no se han aceptado y, por tanto, no se han podido añadir al contrato. De esta manera, el distribuidor podrá oponerse fácilmente a la inclusión de las estipulaciones que se hayan rechazado expresamente.

### **V.2.2. Deber de determinar las exigencias y necesidades del cliente**

Una vez que el distribuidor conoce cuáles son las necesidades y exigencias del cliente respecto del seguro que se está negociando debe entonces comprobar que dicho producto es coherente con:

- a) con lo que un asegurado medio, de la naturaleza y condición del cliente, espera que cubra un seguro de seguro como el que se pretende contratar, lo que incluye, como se ha indicado, las coberturas y estipulaciones acordes con la naturaleza del contrato y con la publicidad y/o información precontractual; y,
- b) con las preferencias respecto de los aspectos concretos del seguro que haya manifestado el cliente y que se han admitido, explícita o implícitamente, por el distribuidor.

Estos requisitos deben darse de forma cumulativa para que pueda afirmarse que el producto cumple con las necesidades y exigencias del cliente. De ser así, podría entonces afirmarse que se está cumpliendo con este deber.

Otra cuestión es cómo el distribuidor concluye si el seguro es coherente o no las necesidades y exigencias del cliente, es decir, cómo aplica los criterios mencionados. El

distribuidor deberá comprobar si el seguro reúne los requisitos necesarios para afirmar que se ajusta a las necesidades y exigencias del cliente. Estas comprobaciones van a consistir, por un lado, en la revisión de las condiciones generales del contrato para verificar que no contiene estipulaciones contrarias a la propia naturaleza del contrato, a la publicidad distribuida, a la información precontractual suministrada, y a las preferencias que haya manifestado el cliente. Y, por otro lado, en la no inclusión de condiciones particulares que resulten contrarias a los extremos mencionados.

La atribución al distribuidor de esta tarea de comprobación puede parecer un tanto gravosa, en tanto supone un coste de tiempo y esfuerzo. Sin embargo, considero que, si el distribuidor está correctamente formado, como así obliga el art. 10.1 DDS, debe poseer (y demostrar) un *conocimiento mínimo necesario de las condiciones de las pólizas ofrecidas, incluidos los riesgos mínimos accesorios en caso de los cubran dichas pólizas, y en materia de análisis de las necesidades del cliente*<sup>59</sup>. Por lo tanto, contando con que el distribuidor, en virtud de la normativa que regula su actividad profesional, está en disposición de ejecutar la evaluación de necesidades y exigencias sin que le suponga un coste relevante en su actividad profesional.

Así pues, la evaluación llegaría a su fin con la confirmación de que el producto de seguro, por reunir los requisitos establecidos, se ajusta a las necesidades y exigencias del cliente.

### **V.2.3. Deber de comercializar seguros que cumplan las exigencias y necesidades del cliente**

Una vez el distribuidor ha realizado las comprobaciones oportunas y determine que el seguro se ajusta a las necesidades y exigencias del cliente podrá completar la transacción. Esta afirmación, que a simple vista parece una medida más de protección, llevada al extremo implica que no puedan comercializarse *infraseguros* o *sobreseguros*<sup>60</sup> o seguros que excluyan determinadas coberturas, aunque estas hayan sido expresamente rechazadas por el cliente. Esta interpretación supondría aceptar que es mejor que el cliente no contrate un seguro a contrate uno que no sea adecuado, cosa difícilmente defendible. En mi opinión, de darse esta situación, el distribuidor deberá advertir del carácter inadecuado del producto y las razones que lo

---

<sup>59</sup> Vid. Anexo I DDS titulado “Requisitos mínimos en materia de competencia y conocimientos profesionales”, en concreto las letras a) y e), aquí reproducidas.

<sup>60</sup> Cuando el valor del bien asegurado es menor o mayor que la suma asegurada.

fundamentan de manera expresa y fehaciente, y si el cliente quiere continuar con la contratación del seguro, deberá indicar expresamente que conoce que este es inadecuado y los motivos.

Esta interpretación, además de ser conforme con la tesis expuesta sobre las necesidades y exigencias del cliente, va en la línea del artículo 3 LCS en tanto permite la incorporación de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado siempre que estén aceptados por escrito. Así, podría añadirse a la interpretación ofrecida la recomendación de que el cliente acepte por escrito la adquisición del seguro cuando este no se ajuste a sus necesidades o exigencias.

En definitiva, el deber de comercializar seguros que se ajusten a las necesidades y exigencias del cliente evidencia la implantación de un deber de ofrecer productos *seguros* en términos económicos a los clientes del mercado asegurador, deber cuya existencia ya se comenzaba a anticipar a propósito de la doctrina jurisprudencial de las *expectativas razonables* del cliente de seguros.

### **V.3. Cumplimiento (e incumplimiento) de las obligaciones derivadas de la evaluación**

Una vez analizado el proceso de evaluación queda discernir cuándo deben entenderse cumplidos los deberes implícitos en la evaluación de las necesidades y exigencias del cliente. A estos efectos resulta esencial examinar otro aspecto relativo a la naturaleza de la obligación: si estamos ante una obligación de medios o de resultado. De tratarse de una obligación de medios, el distribuidor cumpliría con el deber atribuido llevando a cabo la evaluación con la diligencia que le es legalmente exigible, aunque el seguro no se ajustase a las exigencias y necesidades del cliente. Si, por el contrario, considerásemos que la obligación quedaría cumplida únicamente cuando el distribuidor ofreciese contratos de seguro que se ajusten a las necesidades y exigencias del cliente, admitiendo que la consecución del resultado depende únicamente de la actuación del distribuidor, estaríamos ante una obligación de resultado<sup>61</sup>.

En los arts. 20.1 DDS y 175.1 RD-L 3/2020 se observa que, por un lado, el párrafo 1º a obliga a *especificar las necesidades y exigencias del cliente* previamente a la celebración del contrato, esto es, a la realización de la evaluación como conjunto de procedimientos tendentes a delimitar las necesidades y preferencias del cliente. Y, por otro lado, el párrafo 2º de estos artículos obliga al distribuidor a comercializar únicamente los contratos que se ajusten a las necesidades y exigencias del cliente. Conforme a los textos normativos citados parece que estamos ante dos obligaciones independientes, aunque interconectadas. A mi juicio, no se trata de dos obligaciones independientes, sino de una sola obligación de la que emanan varios

---

<sup>61</sup> Cfr. Jordano Fraga (1991:7-10).

deberes, todos ellos necesarios para que la obligación de evaluar pueda tenerse por cumplida ya que cada uno posibilita el cumplimiento del ulterior: el deber de investigación permite que se haga la evaluación propiamente dicha y la evaluación posibilita que solo se comercialicen seguros que se ajusten a las necesidades y exigencias del cliente. Esto podría plantear problemas a la hora de determinar si se trata de una obligación de medios o de resultado, ya que cada uno de los deberes que componen la obligación puede tener un cariz u otro. La clave aquí estaría en determinar si la obtención del resultado depende entera y únicamente de la actuación del distribuidor, es decir, si la actuación del distribuidor puede garantizar la comercialización de productos adecuados para el cliente como si se tratara de una relación causa-efecto<sup>62</sup>. En mi opinión esto no es así, ya que el resultado no depende exclusivamente de la actuación del distribuidor<sup>63</sup>, si bien la realización diligente de los deberes de averiguación y de procesamiento de la información van a ser determinantes para que el resultado sea lo más garantista posible.

En consecuencia, el deber de evaluar las necesidades y exigencias del cliente es una obligación de medios que consiste en la realización de tres deberes de forma consecutiva y cumulativa. Así, el distribuidor cumplirá con esta obligación de cuando comercialice solo contratos de seguro que cumplan con estos criterios, y ello como consecuencia de la realización de la evaluación propiamente dicha, consistente en la averiguación de las necesidades y exigencias del cliente y la comprobación de que estas son coherentes con el producto ofrecido y posteriormente comercializado. Y, *sensu contrario*, el distribuidor incumplirá cuando:

- No se recopile la información relativa a las necesidades y exigencias del cliente.
- No se analice la información para comprobar que el contrato de seguro se ajusta a las necesidades y exigencias del cliente.
- Se comercialicen créditos que no se ajusten a las necesidades y exigencias del cliente porque un siniestro que el cliente espera legítimamente que va a quedar cubierto en unas determinadas condiciones por el seguro contratado, no va a estar finalmente cubierto bien porque se ha excluido expresamente, o bien porque no se contempla<sup>64</sup>.

#### **V.4. Consecuencias del incumplimiento de la evaluación**

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, pág.10.

<sup>63</sup> Ya que puede ocurrir que el cliente de información errónea u omite información relativa a sus preferencias.

<sup>64</sup> Por limitar o, en su caso, omitir cláusulas relativas al contenido natural del contrato, las condiciones establecidas en la publicidad o en la información precontractual, o las preferencias manifestadas por el cliente sin oposición expresa del distribuidor.

Las consecuencias que se derivan del incumplimiento de los deberes que emanan de la evaluación de las necesidades y exigencias del cliente en materia de seguros se encuentran recogidas en los arts. 191 y ss. del RD-L 3/2020, que contienen un régimen sancionador compuesto por normas propias del Derecho administrativo sancionador.

El incumplimiento de los deberes relativos a la evaluación de las necesidades y exigencias del cliente, en tanto se enmarca en los deberes de conducta de los distribuidores de seguros, está tipificado como una infracción grave<sup>65</sup>, o muy grave si se realiza de forma reiterada<sup>66</sup>. Si estamos ante un incumplimiento reiterado de los deberes que emanan de la evaluación de las necesidades y exigencias del cliente y, por tanto, subsumible en una infracción muy grave, la sanción puede ir desde la cancelación de la inscripción en el registro correspondiente, la suspensión para el ejercicio de la actividad durante un máximo de 10 años, la publicidad de la conducta objeto de sanción indicando al responsable, la naturaleza y la sanción aplicada, hasta una multa<sup>67</sup>. O, si se trata de un incumplimiento *ocasional o aislado* estaríamos ante una infracción grave y la sanción podrá consistir en la suspensión para el ejercicio de la actividad durante el plazo de un año máximo, en la publicidad de la conducta infractora y la sanción impuesta y, por último, en la imposición de una multa<sup>68</sup>.

Sin perjuicio de que estas sanciones puedan ser efectivas en tanto resultan disuasorias para los distribuidores, lo cierto es que el cliente de seguros que resulte perjudicado por haber adquirido un producto que no se ajusta a sus necesidades y exigencias sufre un daño que no se ve reparado con la aplicación de cualquiera de las sanciones que enumera el art. 194 RD-L 3/2020. Por tanto, parece adecuado entender que el incumplimiento de estas normas trasciende del plano puramente administrativo a un plano contractual, como ya se ha hecho respecto de la normativa de protección del consumidor<sup>69</sup> o de las normas de protección del cliente bancario<sup>70</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho de contratos observamos que el cliente que adquiere un seguro que no se ajusta a sus necesidades y exigencias –ya sea porque no se ha practicado correctamente la evaluación o, habiéndolo hecho, se ha comercializado un seguro que no se

---

<sup>65</sup> Vid. art. 192.3 letra f) RD-L 3/2020.

<sup>66</sup> Vid. art. 192.2 letra l) RD-L 3/2020. En relación con el requisito de la reiteración de la conducta, cabe señalar que el RD-L 3/2020 incluye una definición de lo que debe considerarse como «reiterado» en relación con el incumplimiento de las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones [art. 192.2 letra h), 2º párrafo]; sin embargo, no encaja bien con la reiteración del incumplimiento de las obligaciones contenidas en la norma. Es por ello que parece oportuno recurrir a la jurisprudencia administrativista que define el incumplimiento reiterado como aquel que no es ocasional o aislado, sino que se da de forma *masiva, continuada y recurrente* (Vid. STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 23 de noviembre de 2016).

<sup>67</sup> Vid. art. 194.1 RD-L 3/2020.

<sup>68</sup> Vid. art. 194.3 RD-L 3/2020.

<sup>69</sup> Cfr. Arroyo Amayuelas (2014: 808-809).

<sup>70</sup> Cfr. Busto Lago (2018:136-142).

ajusta a los referidos parámetros– sufre un daño consistente en que el contrato de seguro no contiene las estipulaciones que cabría razonablemente esperar y, por consiguiente, no cubre un siniestro o lo hace en términos menos favorables a los que el cliente esperaba. Existen, a mi juicio, varios mecanismos de defensa contractual a través de los cuales el cliente dañado o damnificado puede ver reparado su interés, con la particularidad de que algunos de ellos están disponibles al ser la propia compañía aseguradora la que distribuye el seguro, o bien otro sujeto cuyos actos son directamente imputables a la compañía –agente u operador de banca-seguros–. Los mecanismos son los siguientes:

a) El primero de estos mecanismos procede cuando el incumplimiento (la no cobertura de un siniestro que se esperaba cubierto) se debe a la introducción de cláusulas lesivas o limitativas no aceptadas expresamente por el cliente. Las cláusulas lesivas son aquellas que *reducen considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro*<sup>71</sup> y son nulas de pleno derecho *ex art. 3 LCS*<sup>72</sup>. Mientras que las cláusulas limitativas son aquellas que *restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido*<sup>73</sup>, y que son válidas siempre que hayan sido expresamente aceptadas por el cliente por escrito (art. 3 LCS), de lo contrario, se tendrán por no puestas. Cabe igualmente mencionar que, aunque la actividad de distribución la lleven a cabo un agente u operador de banca-seguros, la aseguradora será la responsable de la inclusión de este tipo de cláusulas –bien porque efectivamente las ha incluido o porque responde de la actuación de agentes y operadores de banca-seguros en tanto están insertos en su estructura organizativa<sup>74</sup>–.

b) El segundo de los mecanismos a disposición del cliente cuando se trate de un incumplimiento no relacionado con la inclusión de cláusulas lesivas, o limitativas no aceptadas expresamente por el cliente, es la acción de indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101 Cc, basada en el incumplimiento de los deberes derivados de la evaluación de las necesidades y exigencias del cliente. Si, como hemos dicho, el incumplimiento de la evaluación deriva en que una cobertura esperada por el cliente no está finalmente incluida, o lo está en

---

<sup>71</sup> STS de 24 de febrero de 2021.

<sup>72</sup> *Vid.* también SSTS de 24 de febrero de 2021, de 22 de abril de 2016 y 20 de marzo de 2003.

<sup>73</sup> *Vid.* STS de 22 de abril de 2016.

<sup>74</sup> Así también lo indica el RD-L 3/2020 en sus arts. 143 y 152.1 g). En el caso de los operadores de banca-seguros debe recordarse que la responsabilidad de la aseguradora sobre su actuación debe acreditarse en defecto de la aportación de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía financiera que cobra su actuación negligente.

términos más desfavorables para el cliente, este sufre un daño consistente en la diferencia entre el importe del siniestro y el que efectivamente cubre el seguro.

c) El tercer mecanismo propuesto procedería en los casos en los que el incumplimiento se deba a la omisión de una o varias cláusulas que determinen que el seguro no disponga de las coberturas u otras condiciones que cabría legítimamente esperar. En este caso la solución pasa, a mi juicio, por integrar las condiciones *esperadas* en el contrato. Es decir, se tengan por puestas en el seguro de las cláusulas o condiciones contractuales que: sean consustanciales a la naturaleza del contrato; figuren en la publicidad; se hayan proporcionado en la información precontractual; o hayan sido solicitadas expresamente por el cliente, sin que el distribuidor le haya notificado la imposibilidad de que esa cobertura o condición se incluya en el contrato.

La integración contractual es un remedio aceptado en nuestro ordenamiento, con amplio reconocimiento en sede de Derecho de consumo<sup>75</sup>. El fundamento de este remedio no es otro que la protección de las expectativas que se haya podido crear el consumidor sobre la naturaleza y las condiciones de la prestación a través del contenido publicitario<sup>76</sup> que, a su vez, se asienta en la doctrina de los actos propios del empresario que ha generado cierta confianza ante terceros y, cuya actuación en contrario, supondría la destrucción de estas expectativas en perjuicio de estos<sup>77</sup>.

Aunque la evaluación objeto de estudio no sea una obligación de Derecho de consumo, el fundamento sobre el que se apoya –la protección de las expectativas generadas a terceros y, en definitiva, la doctrina de los actos propios– no es exclusivo de esta área del Derecho, por lo que su aplicación parece viable<sup>78</sup>. Eso sí, siempre que se aplique a supuestos en los que se haya omitido una estipulación contractual concreta, ya sea porque figurase en la publicidad o en la información precontractual proporcionada<sup>79</sup>, o porque se solicitó por el cliente. Más dudas

---

<sup>75</sup> Vid. arts. 61 TRLGDCU y 3.2 Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, *sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas*.

<sup>76</sup> Vid. López Maza y García Vicente (215: 867).

<sup>77</sup> Sobre las diferentes posiciones doctrinales acerca de la confianza creada por los mensajes publicitarios, *ibidem*, págs. 867-868, pie de página nº 148.

<sup>78</sup> Sobre todo, teniendo en cuenta, por un lado, que el cliente puede ser también consumidor (con lo cual sería de aplicación el art. 61 TRLGDCU) y que el cliente de mercados financieros, aunque no sea consumidor, está en una situación de inferioridad respecto del empresario, dada la complejidad de estos mercados. En este sentido, GILABERT GASCÓN considera difícil su acogimiento por parte de los tribunales, aunque se muestra a favor de la aplicación de este mecanismo. Vid. Gilabert Gascón (2022: 377-379).

<sup>79</sup> Cabe señalar a este respecto que la STS de 1 de febrero de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:322], entiende que la información precontractual integra las posibles omisiones que puedan darse en el contrato. Esta decisión trae causa de la perfección de un contrato de adquisición de un producto financiero complejo en la que se omitía la fórmula de valoración del importe objeto de devolución en caso de vencimiento; sin embargo, el Tribunal entiende, al igual que hizo el juez de primera instancia, que no puede admitirse la nulidad contractual –solicitada por los demandantes– con base en el art. 1289 CC ya que el demandante conocía dicha fórmula por estar desglosada en la información precontractual que, aparece, además, firmada por él.

suscita la integración por esta vía de condiciones contractuales consustanciales al contrato puesto que el contenido omitido no está delimitado, resultando más ambiguo o difuso. En este caso, parece que lo más factible sería interpretar el contrato entendiendo que todas las condiciones contractuales consustanciales al mismo están incluidas. Ello a través de la función integrativa de los arts. 1258 y 1287 del Cc, que permitirían integrar el contrato conforme a los usos profesionales en el mercado asegurador y, por tanto, incluir aquellas cláusulas que sean connaturales al mismo y que se hayan podido omitir<sup>80</sup>.

De esta manera, se atribuye a la aseguradora la responsabilidad de elaborar y distribuir contratos que sean conformes a los usos profesionales, evitando que contengan omisiones que puedan perjudicar a los clientes, en línea con lo dispuesto en el art. 1288 CC respecto de las cláusulas *oscuras*: si la parte que ocasiona la oscuridad no debe beneficiarse de una interpretación favorable, tampoco debería beneficiarse de la falta de integración conforme a los usos profesionales.

## VI. VENTA ASESORADA

La «venta asesorada», como se ha explicado, es aquella en la que el distribuidor debe hacer una recomendación personalizada del producto de seguro que mejor satisfaga las necesidades y exigencias del cliente. En esta modalidad de distribución de seguros, la evaluación se ajusta al esquema propuesto para la evaluación en la venta informada, pero con algunas diferencias. Estas particularidades de la evaluación en la venta asesorada frente a la venta informada vienen dadas por la normativa aplicable (arts. 20.1, 3º párrafo, y 20.3 DDS y 175.3 RD-L 3/2020) y otras son consecuencia de la naturaleza de los deberes que se derivan de la prestación de servicios de asesoramiento.

Con carácter general, será el corredor de seguros quien lleve a cabo este tipo de ventas, ya que en virtud del art. 155 apartados 1º y 2º del RD-L 3/2020, su actividad de distribución lleva implícita la prestación de servicios de asesoramiento. No obstante, aseguradoras, agentes y operadores de banca-seguros también pueden prestar servicios de asesoramiento en la distribución de seguros de forma discrecional, en cuyo caso, se aplicará el régimen jurídico de la evaluación en la venta asesorada.

---

<sup>80</sup> *Cfr.* Díez García y Gutiérrez Santiago (2013: 991-992). En este sentido, las autoras traen a colación una Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1984 en la que el conflicto versaba sobre la falta de determinación de la prestación debido a la falta de precisión en su definición en la hoja de encargo, lo que el Alto Tribunal resuelve integrando el contrato conforme a los usos profesionales.

A continuación, vamos a examinar cada una de las particularidades que supone la prestación de servicios de asesoramiento a la hora de comercializar productos de seguro:

*El deber de averiguación de las necesidades y exigencias del cliente.* Respecto de este deber hay dos particularidades que diferencian a la venta asesorada respecto de la venta informada. La primera se refiere a la recopilación de información respecto del cliente. Si en la venta informada era el cliente quien asumía la carga de informar al distribuidor sobre sus preferencias, en la venta asesorada es el distribuidor quien debe asumir un rol proactivo de recopilación de información respecto del cliente. La razón es que la prestación de un servicio de este tipo consiste esencialmente en la obtención de una recomendación personalizada, lo que requiere un análisis más profundo –en consonancia con el texto del art. 20.2 DDS y 175.3 RD-L 3/2020– e implica disponer de la información sobre aquellas cuestiones que pueden influir en la decisión. Por ello, no puede atribuirse al cliente la carga de tener la iniciativa en la comunicación de aquella información que considere relevante, sino que será el distribuidor quien pregunte al cliente sobre todos aquellos extremos que considere relevantes para poder realizar la recomendación personalizada. Además, el distribuidor, como profesional en el mercado, está en disposición de saber qué información necesita para realizar la evaluación y adquirirla, ya que además debe contar con la formación profesional adecuada para este fin.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo que se acaba de apuntar, el distribuidor en la venta asesorada deberá contar con un espectro más amplio de información sobre la que basar su decisión, debiendo solicitar información relacionada con el bien asegurado y cualesquiera otras circunstancias que puedan tener relevancia a la hora de elaborar la recomendación personalizada.

*Procesamiento de la información.* Una vez obtenida la información, el distribuidor debe confrontar la información obtenida con un número suficiente de productos ofrecidos en el mercado que permita determinar cuál se ajusta mejor a las necesidades y exigencias del cliente<sup>81</sup>. El distribuidor debe determinar, desde un punto de vista imparcial u objetivo, qué seguro se ajusta mejor a las necesidades y exigencias de ese concreto cliente. La prestación de un servicio de asesoramiento justifica un examen pormenorizado de las circunstancias del bien asegurado y, en su caso, de las circunstancias del asegurado que puedan influir en la cobertura del seguro. Esto supone otorgar mayor importancia a las exigencias del asegurado ya que a un

---

<sup>81</sup> Cfr. art. 20.3 DDS. En este sentido, además, la motivación de la Directiva añade en su Cdo. 47º añade que, para determinar si el número de contratos y proveedores es lo suficientemente amplio como para dar lugar a un análisis objetivo y personal, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos: las necesidades del cliente, el número de proveedores en el mercado, la cuota de mercado de dichos proveedores, el número de productos de seguro pertinentes disponible por parte de cada proveedor y las características de cada producto.

mayor conocimiento de sus preferencias y circunstancias, menor importancia tiene lo que el asegurado medio pueda razonablemente esperar del seguro. Así, lo objetivo y general queda sustituido por lo personal y subjetivo.

*Resultado de la evaluación.* La evaluación finalizará con un informe motivado del distribuidor en el que se recomiende el producto que mejor satisfaga las necesidades y exigencias del cliente de entre todos los que cumplan estos requisitos, explicando porqué ha llegado a esa conclusión<sup>82</sup>. Cabe preguntarse si la recomendación personalizada debe referirse a un solo producto –el que mejor se ajuste a las necesidades y exigencias del cliente– o a varios productos. La DDS y el RD-L 3/2020 hablan de producto en singular, pero refiriéndose al carácter motivado de la recomendación, y en el mismo sentido se expresa la motivación de la Directiva (Cdo. 45º). En principio parece que no hay problema en que el distribuidor recomiende más de un producto de seguro si, por diferentes razones, más de un producto puede calificarse como el mejor para el cliente. Por lo tanto, entiendo que el distribuidor podría recomendar más de un contrato de seguro siempre que justifique adecuadamente sus recomendaciones.

*El cumplimiento de la obligación.* El distribuidor, para dar cumplimiento a los deberes que emanan de la evaluación de las necesidades y exigencias del cliente en el marco de la venta asesorada debe, como ocurre en la venta informada: (1) recopilar la información relativa a las necesidades y exigencias del cliente; (2) analizar esta información y confrontarla con la de los diferentes productos que comercialice; y (3), emitir una recomendación personalizada en la que se indique cuál es producto que mejor se adecúa a las necesidades y exigencias del cliente. Más allá de que el resultado concreto varíe, la venta asesorada también se configura como una obligación de medios en la que la realización de la evaluación en los términos propuestos no garantiza la obtención del resultado –por ejemplo, si el cliente miente o no proporciona toda la información–, pero su realización es fundamental para obtener el resultado más ajustado posible a la realidad.

*Consecuencias del incumplimiento de los deberes derivados de la evaluación en el marco de la venta asesorada.* La especialidad que reviste la venta asesorada en cuanto a las consecuencias ligadas a su incumplimiento se refiere únicamente a las de corte jurídico-privado, ya que solo sería procedente la indemnización por daños y perjuicios derivada del

---

<sup>82</sup> Ex arts. 20.1, 3º párrafo, DDS y 175.3 RD-L 3/2020.

incumplimiento de los deberes que componen la obligación de evaluar las necesidades y exigencias del cliente –*ex art. 1101 CC*–.

## VII. CONCLUSIONES

La evaluación las necesidades y exigencias de los clientes en el mercado de seguros supone la incorporación en el ordenamiento europeo de una nueva evaluación previa a la contratación en los mercados financieros, de carácter preceptivo y precontractual. La finalidad tuitiva de esta evaluación es evitar la venta de productos inadecuados para los clientes mediante la colocación de seguros que respeten las necesidades y exigencias del cliente, esto es, de productos que contengan aquellas estipulaciones que el cliente puede razonablemente esperar.

Esta evaluación se configura como una obligación de medios que requiere para su cumplimiento de la realización de tres deberes de forma consecutiva y cumulativa. Estos deberes son: el deber de averiguación de las necesidades y exigencias del cliente; el deber de determinar cuáles son las referidas necesidades y exigencias; y, el deber de comercializar productos que sean acordes con estos parámetros.

La realización de estos deberes deberá modularse en función de si estamos ante una venta informada o asesorada ya que, en este último caso, el distribuidor deberá también prestar servicios de asesoramiento que concluirán con una recomendación personalizada del producto que mejor se adapte a las necesidades y exigencias del cliente. Que se trate de un tipo u otro de venta va a depender de quien asuma el papel de distribuidor, puesto que el corredor de seguros está obligado a asesorar a sus clientes, con lo que siempre realizará ventas asesoradas; sin embargo, la aseguradora, los agentes y los operadores de banca-seguros van a realizar por defecto ventas informadas, aunque de manera discrecional pueden también realizar ventas asesoradas.

El incumplimiento de la obligación de evaluar las necesidades y necesidades del cliente se sanciona a través de normas de Derecho administrativo sancionador, sin que se contemple ninguna sanción específica de derecho privado que permita al cliente ver reparados los daños que haya sufrido como consecuencia de la adquisición de un seguro inadecuado. A estos efectos, y en el caso de que el distribuidor fuese la aseguradora u otro sujeto asimilado, el cliente podría optar por acudir al régimen de las cláusulas lesivas o limitativas, cuando el incumplimiento se deba a la inclusión de este tipo de cláusulas en el contrato; fuera del supuesto anterior, el cliente podría también solicitar una indemnización de daños y perjuicios; y, finalmente, si el incumplimiento se debe a la omisión de cláusulas que el cliente legítimamente esperaba, el cliente podría solicitar la integración contractual de estas cláusulas. Si, por el

contrario, el distribuidor es un corredor de seguros, el cliente podría únicamente solicitar que le indemnizen los daños que haya sufrido.

En definitiva, la incorporación de esta evaluación, alejada de los tradicionales deberes de información –a los que, por otra parte, viene a complementar–, supone la intervención del poder legislativo en la esfera privada de las personas limitando la libertad en la contratación con el propósito de proteger al cliente. De esta manera, pasamos de un sistema en el que el cliente podía escoger cualquier producto de entre los ofrecidos por el distribuidor, soportando la carga de tomar una decisión razonada, con conocimiento de causa, y asumiendo el riesgo de que finalmente no fuera así –salvo los casos de error en el consentimiento–; a otro paradigma de protección del cliente en el que se responsabiliza al distribuidor, al menos en parte, de la elección del producto elegido por el cliente.

### **Bibliografía**

- AGÜERO ORTÍZ, A. (2020), «*La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión*», Aranzadi, Cizur Menor.
- (2021) «La distribución de seguros por operadores de banca-seguros» en *Revista Española de Seguros*, 185-186, 2021 (pp. 319-341).
- ÁLVAREZ LATA, N., COLLADO-RODRÍGUEZ, N. (2019), «Seguros», en *Reclamaciones de Consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de Consumo*, BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, (4ª edic.) (pp. 1807-1856).
- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2017) «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», en *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumos responsables*, CUENA CASAS, M. (Dir.) Aranzadi, Cizur Menor.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2014) «Comentario del artículo 21», en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, MARÍN LÓPEZ, M.J. (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, (pp. 807 a 829).
- BUSTO LAGO, J.M. (2018), «*El contrato de permuta financiera como instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés. Una revisión crítica de los equívocos de la jurisprudencia*», Aranzadi, Cizur Menor.
- COLLADO-RODRÍGUEZ, N. (2019), «*La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (Adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*», Aranzadi, Cizur Menor.
- DÍEZ GARCÍA, H. y GUTIERREZ SANTIAGO, P. (2013), «Interpretación e integración del contrato», en *Tratado de Contratos, Tomo I*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2ª edic.).
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993), «*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las Relaciones Obligatorias*», Civitas, Madrid (4ª edic.).

- EIOPA (2017), «*Technical advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution Directive*», EIOPA – 17/048, 1 de febrero de 2017.
- EVERSON, M. (2015), «Regulating the insurance sector», en *The Oxford Handbook of Financial Regulation*. MOLONEY, N. FERRAN, E. PAYNE, J. (Ed.), Oxford University Press, Oxford (pp. 409 – 452).
- GILABERT GASCÓN, A. (2022) «El incumplimiento de los deberes precontractuales de información y asesoramiento en la distribución de seguros: consecuencias contractuales y responsabilidad del distribuidor», en *Revista Española de Seguros*, 189-190 (pp. 363-387).
- HOFMANN, A.; NEUMANN J. K. y POOSER, D. (2018), «Plea for uniform regulation and challenges of implementing the new Insurance Distribution Directive», en *The Geneva Papers*, 43 (pp. 470 – 769).
- JORDANO FRAGA, F. (1991), «Obligaciones de medios y de resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid.
- LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R. (2015), «Comentario del artículo 61», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, (2ª edic.).
- MAESSCHALCK, DE N. (2017), «The Insurance Distribution Directive: what does it change for intermediaries and for others?», en *Insurance Regulation in the European Union*, Palgrave Macmillan, Cham (pp. 59-77).
- MOLONEY, N. (2015), «Regulating the retail market», en *The Oxford Handbook of Financial Regulation*. MOLONEY, N. FERRAN, E. PAYNE, J. (Ed.), Oxford University Press, Oxford (pp. 736 – 768).
- PARRA LUCÁN, M. Á. (2015), «Comentario del artículo 137» en *Comentarios de Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor (2ª edic.).
- (2018) «La protección del consumidor en los pleitos por daños» en *Responsabilidad Civil y Seguro. Cuestiones actuales*, HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), Lefevre-El Derecho, Madrid,
- REGLERO CAMPOS, L. F. y ELGUERO MERINO, J. M. (2017), «Comentario del artículo 10», en *Ley de Contrato de Seguro*, BADILLO ARIAS, J. A. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, (3ª edic.).
- PEÑAS MOYANO, M. J. (2021), «Los mediadores y sus colaboradores. Las relaciones con la clientela y la entidad aseguradora», en *Revista Española de Seguros*, 185-186 (pp. 165-181).
- (2020) «De la información al cliente a la gobernanza del producto: una evolución necesaria en el sector asegurador», en *Revista de Derecho del Mercados de Valores*, núm. 26 (pp. 1-18, acceso electrónico).
- PRIDGEN, D. (2012) «Putting some teeth in TILA: From Disclosure to Substantive Regulation in the Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act of 2010», en *24 Loyola Consumer Law Review* 615 (pp. 615 a 639).

- REIFNER, U.; KIESILAINEN, J.; HULS, N. y SPRINGENEER, H. (2003), «*Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*», septiembre de 2003.
- SIRI, M. (2021), «Insurance-Based Investment Products: Regulatory Responses and Policy Issues», en *Insurance Distribution Directive. A legal analysis*, MARANO, P. y NOUSSIA K. (Eds.), Springer.
- VEIGA COPO, A.B. (2019), «Clases de distribuidores de seguros», en *La distribución de seguros privados* (BATALLER GRAU, J. y QUINTÁNS EIRAS, M<sup>a</sup>. R., Dirs.), Ed. M. Pons, Madrid.

**CESIÓN DE CRÉDITOS, COSTES DE COBRO, PLAZOS DE PAGO Y CANTIDAD ADEUDADA EN OPERACIONES COMERCIALES CON PODERES PÚBLICOS (A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 20 DE OCTUBRE DE 2022, ASUNTO C-585/2020)<sup>1</sup>**

*Assignment of rights, recovery costs, periods of payments and amount due in commercial transactions between undertakings and public authorities. Comment to the Judgment of the Court of Justice of the European Union of October 20, 2022, Case C-585/2020*

VÍCTOR HERRADA BAZÁN  
[victor.herrada@udep.edu.pe](mailto:victor.herrada@udep.edu.pe)  
ORCID 0000-0001-8626-7635  
Profesor de la Facultad de Derecho  
Universidad de Piura (Perú)

***Cómo citar / Citation***

Herrada Bazán, V. (2023).

Cesión de créditos, costes de cobro, plazos de pago en operaciones comerciales con poderes públicos

*Cuadernos de Derecho Privado*, 5, pp. 42-67

....."F QKj w u<lf q1ti B20437: lfr 09"  
(Recepción: 14/03/2023; aceptación tras revisión: 20/04/2023; publicación: 28/04/2023)

***Resumen***

Este trabajo tiene por objeto hacer un análisis crítico de las varias cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de octubre de 2022, en materia de contratación pública, al amparo de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. En particular, sobre la cesión de créditos como sustento para la aplicación de la Directiva, la aplicación de la cuantía fija de 40 euros por concepto de costes de cobro, el plazo de pago previsto en la Ley de Contratos del Sector Público y la cantidad adeudada a efectos del cómputo de los intereses de demora.

***Palabras clave***

Sentencia, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, operaciones comerciales, plazos de pago, morosidad, contratos públicos.

***Abstract***

The purpose of this paper is to make a critical analysis of the numerous issues resolved by the Court of Justice of the European Union in its judgment of October 20, 2022, in matters of public contracts, under Directive 2011/7/EU of the European Parliament and

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Derecho transitorio, retroactividad y aplicación en el tiempo de las normas jurídicas» (Ref.: PID2019-107296GB-I00), dirigido por los Profesores A. DOMÍNGUEZ LUELMO y H. ÁLVAREZ ÁLVAREZ.

of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions. In particular, regarding the assignment of rights in the application of the Directive, the fixed sum of 40 euros for recovery costs, the period for payment provided for in the Spanish Law and the amount due for the purposes of the calculation of interest for late payment.

### **Keywords**

*Judgement, Court of Justice of the European Union, commercial transactions, periods for payment, late payment, public contracts*

### **SUMARIO:**

---

I. INTRODUCCIÓN: LA LUCHA CONTRA LOS LARGOS APLAZAMIENTOS DE PAGO Y LA MOROSIDAD EN OPERACIONES COMERCIALES. II. LAS CUESTIONES PLANTEADAS AL TJUE. III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TJUE. III.1 La aplicación de la Directiva 2011/7 a la relación surgida de una cesión de créditos. III.2 La cuantía fija de 40 euros como compensación por costes de cobro. III.3 El plazo de pago previsto en la LCSP y la contravención a la Directiva 2011/7. III.4 El IVA de la factura como parte de la «cantidad adeudada» a efectos del cómputo de los intereses de demora. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

---

## **I. INTRODUCCIÓN: LA LUCHA CONTRA LOS LARGOS APLAZAMIENTOS DE PAGO Y LA MOROSIDAD EN OPERACIONES COMERCIALES**

El crédito comercial es aquel que otorga un proveedor de productos o servicios al conceder a su cliente empresario (por ejemplo, en una relación fabricante-distribuidor) un aplazamiento del pago o contraprestación<sup>2</sup>. Aunque la literatura científica ha resaltado las bondades de este tipo de crédito, no puede negarse que un aplazamiento en el pago genera siempre un riesgo de incumplimiento (riesgo de crédito). Y es que, cuando gran parte de los flujos de compra y venta de bienes y servicios se realizan a través de acuerdos que postergan el pago, el riesgo de incumplimiento puede convertirse en una importante preocupación.

Esto no ha sido bien visto por los proveedores ni por los legisladores<sup>3</sup>. En esa dirección apuntaron, a fines del siglo pasado, algunos trabajos desarrollados en el ámbito europeo (entre los que resalta el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales<sup>4</sup>), en donde se mostraba como realidad preocupante varias prácticas comerciales dilatorias de los plazos de pago. En ese

<sup>2</sup> Alfaro Águila-Real (2005: 3 y ss.).

<sup>3</sup> Iglesias Argüelles et al. (2004: 2).

<sup>4</sup> Comisión de las Comunidades Europeas. 18 de noviembre de 1992, SEC. (92) 2214.

contexto, se asumió la idea de que un deudor, con el fin de financiarse comercialmente a expensas del proveedor a coste cero, busca alargar los plazos y demorar el pago.

Tales trabajos constituyeron la base de lo que posteriormente resultó en la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, Directiva 2000/35). Como se deduce de su nombre, este instrumento normativo tuvo como objetivo promover, en los países miembros de la Unión Europea, el cumplimiento oportuno de obligaciones, por la vía de combatir la morosidad en el pago de operaciones comerciales. Sin embargo, su regulación no se limitó a eso, sino que, además, afectaba la propia estructura de las obligaciones, pues contenía un régimen para determinar el tiempo de debido cumplimiento; consecuencia lógica si se considera que, si solo se hubiera buscado reducir la morosidad elevando los intereses moratorios, no se habría conseguido el objetivo, porque los particulares habrían eludido la medida alargando los plazos de pago y, por tanto, reduciendo las posibilidades de incurrir en mora<sup>5</sup>.

La Directiva 2000/35 era aplicable a «todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales» (art. 1), definiéndose a estas operaciones como «las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación» (art. 2.1 de la Directiva). Así pues, desde un punto de vista subjetivo, la Directiva tenía dos grandes ámbitos de aplicación: uno jurídico-público, integrado por las operaciones comerciales realizadas «entre empresa y poderes públicos»; y, otro jurídico-privado, constituido por las operaciones comerciales efectuadas «entre empresas». Asimismo, contenía una serie de medidas sustantivas de carácter negocial (régimen especial de plazos de pago, régimen de mora automática, altos intereses moratorios y el reconocimiento al acreedor del derecho a percibir una compensación por los costes de cobro, amén de otras medidas importantes), mediante las cuales se buscaba poner fin al «abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor» (Cdo. 19), lo que denotaba una inspiración clara en el principio *favor creditoris*<sup>6</sup>.

Posteriormente, la Unión Europea adoptaría un nuevo instrumento jurídico de lucha contra la morosidad, la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del

---

<sup>5</sup> Alfaro Águila-Real (2005: 14).

<sup>6</sup> Montfort (2006: 398).

Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, Directiva 2011/7), derogando la Directiva 2000/35. La Directiva 2011/7 refunde en su texto las disposiciones previstas en su antecesora «por razones de claridad y racionalización» (Cdo. 1), conservando el mismo ámbito de aplicación; esto es, uno jurídico-privado y otro jurídico-público. De hecho, la Propuesta de la que derivó la Directiva 2011/7 tenía como una de sus principales motivaciones combatir la morosidad de las administraciones públicas, la cual debía sancionarse con especial severidad, dado que aquellas no tenían las mismas limitaciones financieras que las empresas privadas<sup>7</sup>.

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, LLCM) transpuso al ordenamiento español, primero, la Directiva 2000/35 y, luego, la Directiva 2011/7, actualmente vigente<sup>8</sup>. El art. 3.1 LLCM establece su aplicación «a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, *de Contratos del Sector Público* [*rectius*, la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público*, en adelante, LCSP], así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas». De esta disposición, cabe inferir que, desde un punto de vista subjetivo, la LLCM conserva los ámbitos de aplicación jurídico-privado y jurídico-público, aunque ha de señalarse que, en este último campo, resultará también aplicable, de forma especial, la LCSP.

## II. LAS CUESTIONES PLANTEADAS AL TJUE

Es en el ámbito jurídico-público de la Directiva 2011/7 y de la LLCM en donde se sitúa la relación jurídica objeto de la sentencia que ahora se comenta. BFF Finance Iberia S.A.U. (en adelante, BFF) es una sociedad española que funciona como agencia de

---

<sup>7</sup> Baldassarre (2009: 3).

Sobre este aspecto, resalta la STJUE de 28 de enero de 2020. Caso Comisión Europea contra República Italiana. Asunto C-122/18. En dicha sentencia, se dice que «los poderes públicos, que realizan un volumen considerable de pagos a las empresas, *disponen de fuentes de ingresos más seguras, previsibles y continuas que las empresas, pueden obtener financiación en unas condiciones más favorables que estas y dependen menos que ellas del establecimiento de relaciones comerciales estables para alcanzar sus objetivos*. Ahora bien, para las empresas, la morosidad de los poderes públicos genera gastos injustificados, agrava sus problemas de liquidez, complica su gestión financiera y afecta a su competitividad y rentabilidad, ya que se ven obligadas a solicitar financiación exterior debido a tal morosidad» (las cursivas son mías).

<sup>8</sup> Sobre la LLCM en general, *vid.* los trabajos de Perales Viscasillas (2006) y Miranda Serrano (2008).

cobro de créditos y que había adquirido derechos de cobro de los que eran titulares más de veinte empresas como contraprestación por el suministro de bienes y la prestación de servicios a centros médicos dependientes de la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León (en adelante, Gerencia Regional). En ese contexto, el 31 de mayo de 2019, BFF reclamó a la Gerencia Regional el pago de varios importes en concepto de principal, más los correspondientes intereses de demora, así como la cantidad de 40 euros por los costes de cobro de cada una de las facturas impagadas, al amparo del art. 8 LLCM.

Dada la falta de respuesta por parte de la Gerencia Regional, BFF interpuso, en primer lugar, un recurso administrativo ante la propia Gerencia y, con posterioridad, un recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Valladolid. En el marco de ese proceso, dicho órgano jurisdiccional planteó una petición de decisión prejudicial mediante auto de 22 de septiembre de 2020. En dicha petición, el juzgado remitente planteó tres cuestiones.

En primer lugar, el art. 6 de la Directiva 2011/7 (transpuesto al ordenamiento español a través del art. 8 LLCM) reconoce a favor del acreedor el derecho de cobrar al deudor, como mínimo, una cantidad fija de 40 euros, «en los casos en que resulte exigible el interés de demora en las operaciones comerciales con arreglo a los artículos 3 o 4». Dicha cantidad es pagadera sin necesidad de recordatorio y «como compensación por los costes de cobro en que haya incurrido el acreedor». Finalmente, además de esta cuantía, el acreedor tiene derecho «a obtener del deudor una compensación razonable por todos los demás costes de cobro que superen la cantidad fija y que haya sufrido a causa de la morosidad»<sup>9</sup>.

Con relación a estas disposiciones, el juzgado remitente solicita determinar, como primera cuestión, *si cuando se presente una reclamación que engloba un conjunto de facturas vencidas e impagadas, debe abonarse la cantidad fija de 40 euros prevista en el art. 6 de la Directiva 2011/7 por cada factura o por cada reclamación.*

En segundo lugar, el art. 198.4 de la LCSP establece, en el marco de operaciones comerciales entre empresas y poderes públicos, la obligación de la Administración de «abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto

---

<sup>9</sup> En transposición de esta norma, la LLCM prevé, como regla general, que el acreedor tendrá derecho, en primer lugar, a una cuantía fija de 40 euros (art. 8.1-I LLCM) y, en segundo lugar, a una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que, sufridos a causa de la mora del deudor, superen la mencionada cuantía (art. 8.1-II LLCM). Por último, se define que ningún derecho a indemnización surgirá si el deudor no es responsable del retraso en el pago (art. 8.2 LLCM).

en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados». Asimismo, también indica que «la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio».

Por su parte, en el marco de operaciones comerciales en las que el deudor sea un poder público, el art. 4.3, a) de la Directiva 2011/7 establece la obligación de los Estados miembros de velar que el plazo de pago no supere ninguno de los siguientes plazos:

- i) 30 días naturales después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente;
- ii) en caso de que la fecha de recibo de la factura o de la solicitud de pago equivalente resulte dudosa, 30 días naturales después de la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios;
- iii) si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, 30 días naturales después de la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios; y,
- iv) si legalmente o en el contrato se establece un procedimiento de aceptación o de comprobación en virtud del cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente a más tardar en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, 30 días naturales después de dicha fecha.

Con respecto a esta normativa, el juzgado remitente plantea, como segunda cuestión, *si es conforme con la Directiva 2011/7 una norma de Derecho nacional que establece, en todo caso y para todos los tipos de contratos, un plazo de pago de 60 días, compuesto por un período inicial de 30 días para la aceptación de los bienes o servicios y por un período adicional de pago de 30 días.*

En tercer lugar, el art. 2.8 de la Directiva 2011/7 define como «cantidad adeudada» al «importe principal que debe pagarse en el plazo contractual o legal establecido, incluidos los impuestos, tasas, derechos o costes especificados en la factura o en la solicitud de pago equivalente». En ese sentido, el órgano judicial plantea, como tercera cuestión prejudicial, *si dicha disposición permite computar, a efectos del cálculo del interés de demora, el importe del IVA indicado en la factura no pagada a su vencimiento por el deudor, incluso cuando en la fecha en que se produzca dicha demora el acreedor sujeto pasivo aún no haya abonado ese importe a la Hacienda Pública.*

### III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TJUE

En su Sentencia de 20 de octubre de 2022, asunto C-585/20, el TJUE analiza un total de cuatro asuntos jurídicos. El primero, referido al ámbito de aplicación de la Directiva 2011/7. Los tres restantes, en torno a las cuestiones prejudiciales planteadas por el juzgado remitente.

#### III.1. La aplicación de la Directiva 2011/7 a la relación surgida de una cesión de créditos

De forma preliminar, el TJUE analiza si resulta aplicable la Directiva 2011/7 a la relación surgida entre una agencia de gestión de cobros, tras la adquisición de créditos impagados por un poder público a las empresas cedentes, y dicho poder público. Para tal fin, el Tribunal determina correctamente que los créditos en cuestión surgieron de «operaciones comerciales» pues tienen por objeto contraprestaciones no pagadas a su vencimiento por un poder público (la Gerencia Regional) a cambio de la entrega de bienes y la prestación de servicios realizados por las empresas cedentes. De esta manera, se cumple tanto el elemento objetivo (pago a cambio de entrega de bienes o prestación de servicios) como el elemento subjetivo (empresas y poderes públicos) exigido por la definición de «operaciones comerciales» prevista en el art. 2.1 de la Directiva 2011/7.

Sin embargo, para el TJUE, si la Directiva 2011/7 resulta aplicable incluso a la relación surgida entre BFF y la Gerencia Regional como consecuencia de una cesión de créditos, es porque dicha cesión y todos los derechos inherentes a los créditos cedidos a una agencia de gestión de cobro resulta de una «prolongación de las operaciones comerciales iniciales»<sup>10</sup>. No obstante, en mi opinión, sustentar la aplicabilidad de la Directiva 2011/7 a la relación surgida de una cesión de créditos únicamente sobre la base de una «prolongación de las operaciones comerciales», aunque técnicamente correcto, no resulta ser una postura suficientemente motivada.

Así pues, lo que explica más adecuadamente la aplicación de la Directiva 2011/7 al caso en cuestión es que una cesión de créditos no cambia la identidad de la relación

---

<sup>10</sup> En este aspecto, el Tribunal hace suyas las conclusiones del Abogado General (presentadas el 28 de abril de 2022, Asunto C-585/20), para quien los créditos adquiridos por BFF «nacieron de operaciones comerciales, en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2011/7» y, en consecuencia, «la situación examinada en el litigio principal resulta de una prolongación de las operaciones comerciales iniciales». Por lo tanto, el Abogado concluye que «la cesión de los créditos por los acreedores iniciales a la agencia de gestión de cobro carece de incidencia en la aplicabilidad *ratione materiae* de esta Directiva a la situación en cuestión».

jurídica fuente del crédito (en este caso, una «operación comercial» ex Directiva 2011/7), sino que solo supone una sustitución subjetiva, esto es, un cambio en el sujeto activo por otro que sucede a aquél en la misma posición jurídica. Como bien refiere Pantaleón Prieto (1988: 1101), es contenido esencial de la cesión de crédito «la sucesión en la posición jurídica acreedora, la salida del anterior acreedor y la concomitante subentrada del nuevo». Esto sustenta no solo que el cedido pueda oponer al cesionario todas las excepciones personales oponibles al cedente<sup>11</sup>, sino, además, que no sufran variación alguna ni la naturaleza del crédito ni su régimen.

Esto último se explica, además, en el principio *res inter alios acta tertiis neque prodest neque nocet* («la cosa hecha entre unos no aprovecha ni perjudica a otros»), por el cual, como regla general, el cedido no ha de ser ni beneficiado ni perjudicado con un cambio en la naturaleza o en el régimen aplicable al crédito objeto de cesión, cuando ni la validez ni la eficacia de dicho negocio requieren del consentimiento de aquél<sup>12</sup>. En consecuencia, el crédito objeto de cesión seguirá teniendo la misma naturaleza y estando regido por las normas que lo regulaban antes de la cesión, incluso si otra normativa hubiera resultado aplicable a un crédito surgido originalmente entre cesionario y cedido.

En ese sentido, si una «empresa» ex Directiva 2011/7 cede un crédito surgido de una «operación comercial» a otra «empresa», poder público o aun a cualquier otro sujeto, el crédito objeto de cesión no quedará excluido de su sometimiento a la Directiva 2011/7 –ni a la regulación que la transpone– aunque la deuda medie ahora entre dos sujetos que no necesariamente cumplan con las condiciones jurídicas subjetivas previstas en dicha Directiva<sup>13</sup>.

Tal ha sido la postura recogida por el Tribunal Supremo en el ATS de 26 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1796A). En el caso resuelto, la posición defendida

---

<sup>11</sup> En palabras de García-Pita y Lastres (2003: 159), «[m]erced de la Cesión [...], el adquirente recibe el mismo derecho que tenía el Cedente, situándose –subrogándose– en la misma condición jurídica en que se hallaba su titular original; es decir, quedando sometido a todas las excepciones personales oponibles a la demanda que habría podido interponer el transmitente» (la cursiva es mía).

<sup>12</sup> Pantaleón Prieto (1988: 1116).

<sup>13</sup> En contra de esta postura se manifiesta Muela Regli (2021: 182-184), para quien, sobre la base de un criterio teleológico, la Directiva 2011/7 y su régimen antimorosidad no debería aplicarse a entidades financieras que, a través de contratos de factoring o cesión de créditos, «consiguen el efecto de la aplicación de un interés de demora superior al que obtendrían en sus operaciones ordinarias, sin haber llevado a cabo ninguna operación comercial». Por el contrario, dicho régimen «persigue exclusivamente la protección de las pequeñas y medianas empresas proveedoras de otras empresas o poderes públicos frente a la demora en el pago de obligaciones surgidas de operaciones comerciales de entrega de bienes o prestación de servicios». Parece contemplar la misma posibilidad Sospedra Navas (2023: 6), sobre la base del hecho de que «la cesionaria es de ordinario una entidad que tiene como actividad la de financiación, de manera que los gastos internos que soporta la empresa cesionaria al reclamar el cobro de las facturas adquiridas son los propios de su actividad principal».

por la CA de Cataluña es que el régimen previsto en la LLCM en materia de intereses moratorios es excepcional y, como tal, «no puede hacerse extensivo a quien concurre, como una entidad financiera, mediante un contrato privado de factoring». Frente a tal argumento, el TS señaló que «la novación subjetiva *no comporta una alteración del contenido del derecho cedido, ni de su marco jurídico, sino que se traduce en una mera subrogación del nuevo acreedor en los derechos de crédito que quedan inalterados*. De tal forma que la eficacia traslativa de la cesión de créditos opera en el caso de cesión de créditos en factoring adquiriendo el cesionario el crédito cedido que queda inalterado [...], sin que pierda su identidad [...]» (la cursiva es mía).

Finalmente, no deja de ser oportuna la mención que hace el TJUE al art. 6.3 de la Directiva 2011/7 (*vid.* apdo. 24 de la STJUE) para sustentar la aplicación de la Directiva 2011/7 a la relación cesionario-cedido de la agencia de gestión de cobros BFF y la Gerencia Regional, respectivamente. Tal disposición hace expresa referencia a la posibilidad de que un acreedor contrate a una agencia de gestión de cobro a causa de la morosidad del deudor, cuyo coste puede ser reclamado en concepto de compensación por costes de cobro.

### **III.2. La cuantía fija de 40 euros como compensación por costes de cobro**

El art. 6 de la Directiva 2011/7 reconoce, a favor del acreedor y de forma adicional al pago de intereses moratorios (reconocidos en los arts. 3 y 4 de la Directiva), el derecho a una «compensación» por todos los costes de cobro sufridos a causa de la morosidad del deudor<sup>14</sup>. Se trata de una regulación que supera la –ya añeja– discusión sobre si en una obligación pecuniaria es o no admisible cobrar una indemnización por daños mayores a los ya cubiertos por los intereses moratorios. Por tal motivo, resultó una novedad valorada en positivo de forma casi unánime por la doctrina<sup>15</sup>, si se considera que, en no pocas oportunidades, la mora en obligaciones pecuniarias no solo causa como perjuicio la falta de disposición del dinero adeudado (lo que estaría cubierto por los intereses moratorios),

---

<sup>14</sup> Se ha resaltado que el término «indemnización» que se emplea en el art. 8 LLCM es más acertado en atención a la tradición jurídica española, en la que la palabra «compensación» sirve principalmente para denominar a una forma de extinción de la obligación (Perales Viscasillas, 2006: 234).

<sup>15</sup> Perales Viscasillas (2006: 126); Miranda Serrano (2008: 284).

sino también daños derivados de la gestión del cobro al deudor, amén de otros posibles detrimentos.

Como se ha expuesto en líneas anteriores<sup>16</sup>, la «compensación» por costes de cobro regulada en el art. 6 de la Directiva 2011/7 comprende, en primer lugar, una cuantía fija de 40 euros y, en segundo lugar, una compensación razonable por todos los demás costes de cobro que superen la cantidad fija y que haya sufrido el acreedor a causa de la morosidad. En ese contexto, la primera cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Valladolid es determinar si, cuando se presente una reclamación que engloba un conjunto de facturas vencidas e impagadas, debe abonarse la cantidad fija de 40 euros prevista en el art. 6 de la Directiva 2011/7 por cada factura o por cada reclamación.

La cuestión planteada no es un problema nuevo en el ordenamiento español. Desde el año 2013 en que se transpuso la regla de cuantía fija de 40 euros al art. 8 LLCM (por vía, primero, del Real Decreto-Ley 4/2013 y convalidado, luego, por la Ley 11/2013), fueron surgiendo soluciones contradictorias en sede judicial.

Por un lado, se admitió que el acreedor reclame una suma fija como indemnización por costes de cobro que resultaba de la multiplicación de los 40 euros señalados en la norma por el número de facturas impagadas por el deudor. Así, por ejemplo, en la SAN 3297/2017, de 19 de julio (ECLI:ES:AN:2017:3297), se aprecia que el Abogado del Estado se allana ante la reclamación de una cuantía ascendente a 21,440 euros, por concepto de indemnización por costes de cobro y como resultado de la multiplicación de los 40 euros *ex art. 8.1, 1º párr. LLCM* por 536 facturas presentadas al cobro. La Audiencia, frente a esta situación, consideró que el monto no superaba el mínimo establecido en la norma, asumiendo el criterio según el cual la cantidad fija de 40 euros se había de multiplicar por el número de facturas impagadas y, por tanto, admitiendo la pretensión de indemnización de los costes de cobro en la cuantía reclamada<sup>17</sup>.

Junto a la anterior línea jurisprudencial, venía conviviendo aquella según la cual la cantidad fija de 40 euros había de concederse por toda la reclamación y no por cada factura impagada. Así, la STSJ Comunidad Valenciana 4702/2017, de 13 de junio (ECLI:ES:TSJCV:2017:4702) indica que «debemos reconocer por este concepto únicamente los 40 euros referidos en el precepto, *40 euros que lo son por toda la*

---

<sup>16</sup> *Vid. apdo. II, supra.*

<sup>17</sup> En ese mismo sentido, la SAN 1803/2018, de 25 de abril de 2018 (ECLI:ES:AN:2018:1803) y la STSJ Comunidad Valenciana 3912/2018, de 10 de octubre (ECLI:ES:TSJCV:2018:3912).

*reclamación y que no se pueden desglosar por el número de facturas como de contrario se pretende, pues no es ese, en ningún caso, el tenor del precepto indicado» (la cursiva es mía)<sup>18</sup>.*

Frente a ambas posturas, en la sentencia que ahora se analiza y en atención al texto de la Directiva 2011/7, el TJUE resuelve la cuestión planteada sobre la base de la primera de las interpretaciones descritas. Es decir, en el sentido de que la cantidad fija de 40 euros en concepto de compensación por costes de cobro debe abonarse por cada factura.

El Tribunal parte del hecho de que el art. 6 de la Directiva establece que el pago de la cuantía fija de 40 euros es efecto de la morosidad del deudor. En ese sentido, este concepto de «morosidad» está definido en el art. 2.4 de la Directiva como «no efectuar el pago en el plazo contractual o legal establecido», lo que permite inferir que dicho concepto de «morosidad» es aplicable «a cada operación comercial considerada individualmente» (*vid.* apdo. 28 de la sentencia). A ello ha de añadirse que el Cdo. 18 de la Directiva especifica que las facturas equivalen a solicitudes de pago y constituyen documentos importantes, en particular, para «determinar el plazo límite de pago» (*vid.* apdo. 19 de la sentencia).

Así pues, bajo el razonamiento del TJUE:

- (i) si cada factura (o solicitud de pago equivalente) coadyuva a determinar el plazo de pago;
- (ii) si se incurre en «morosidad» cada vez que se infringe dicho plazo; y,
- (iii) si el pago de la cuantía fija de 40 euros es exigible como efecto de la morosidad así definida,

entonces ha de concluirse que tal cuantía fija debe ser pagada por cada factura impagada a su vencimiento (que establece cada una de las veces en que el deudor incurre en morosidad) y no por cada reclamación (que puede o no incluir más de una factura)<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Con el mismo criterio, *vid.* la SAP A Coruña 2217/2018, de 14 de noviembre (ECLI:ES:APC:2018:2217) y la STSJ Madrid 4538/2018, de 26 de abril (ECLI:ES:TSJM:2018:4538).

<sup>19</sup> Con el mismo razonamiento, el TJUE resolvió posteriormente en sentencia de 1 de diciembre de 2022, asunto C-370/21 (*DOMUS-Software-AG contra Marc Braschoß Immobilien GmbH*). En este caso, se resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán y se determina que la cantidad fija de 40 euros por costes de cobro, en el supuesto de demora en varios pagos efectuados como contraprestación de suministros de bienes o de prestaciones de servicios de carácter periódico en ejecución de un único contrato, debe abonarse al acreedor por cada demora en el pago. Añade el TJUE que el art. 5 de la Directiva 2011/7 ayuda a tal interpretación pues dicha disposición establece que, si las partes han pactado un calendario de pagos, «cuando alguno de los plazos no se abone en la fecha acordada, los intereses y la compensación previstas en la presente Directiva se calcularán únicamente sobre la base de las cantidades vencidas». A juicio del Tribunal, en dicho supuesto, «será exigible una cantidad fija mínima de 40,00 €, en concepto de compensación por los costes de cobro, por cada pago a plazos no abonado a su vencimiento».

Para abundar en razones, el TJUE indica que nada en la Directiva 2011/7 permite deducir que el modo de cobro de los créditos tiene relevancia en los requisitos de exigibilidad de la cantidad fija de 40 euros. Por el contrario, el pago de dicha cuantía como efecto de la morosidad es exigible de forma automática y «sin necesidad de aviso de vencimiento» cada vez que se verifique tal situación de morosidad, esto es, cada vez que se infrinja el plazo convenido o previsto en la ley para realizar el pago. Por lo tanto, «el modo de cobro de los créditos impagados elegido por el acreedor carece de pertinencia a efectos de la exigibilidad tanto de los intereses legales como de la cantidad fija» (*vid.* apdo. 33 de la sentencia).

Finalmente, el TJUE hace referencia a la finalidad de la Directiva 2011/7 para sustentar su postura. En ese contexto, la Directiva busca, además de desalentar la morosidad en las operaciones comerciales, «proteger eficazmente al acreedor frente a dicha morosidad, garantizándole una compensación lo más completa posible por los costes de cobro en que haya incurrido» (*vid.* apdo. 36 de la sentencia). Así pues, reducir el pago de la cuantía fija de 40 euros a cada reclamación y no a cada operación comercial acreditada en factura supondría privar de este efecto útil al art. 6 de la Directiva 2011/7, pues los costes de cobro, a juicio del Tribunal, «tienden a aumentar en proporción al número de pagos y cantidades que el deudor no satisfaga a su vencimiento» (*vid.* apdo. 37 de la sentencia).

Con esta sentencia, el TJUE confirma lo que, en su día, ya había determinado el TS español a través de la STS 1820/2021, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:1820). En ella, el Alto Tribunal resuelve que la cantidad fija mínima de 40 euros se debe por cada factura impagada por el deudor, en los siguientes términos:

«Acorde con lo hasta ahora expuesto, si, a tenor del artículo 8 de la Ley 3/2004, “el derecho a una cantidad fija de 40 euros” por los costes de cobro nace “cuando el deudor incurra en mora”, “que se añadirá en todo caso y sin necesidad de petición expresa a la deuda principal”. Y el deudor incurre en mora, a tenor de los artículos 4, 5 y 6 de la citada Ley 3/2004, en relación con el artículo 4 de la Directiva citada, *cuando se ha presentado al cobro la “factura”,* a la que reiteradamente se alude en dichos preceptos, y no ha resultado pagada en plazo contractual o legalmente establecido. De ello se colige que *la cantidad fija de 40 euros ha de pagarse por cada factura no abonada en plazo.*

Sin que concurra, por lo demás, ninguna norma, ni ninguna razón, para considerar que la indicada cantidad fija de 40 euros únicamente se devengaría en cada reclamación de pago presentada en vía administrativa, aunque agrupe miles de facturas respecto de las cuales el deudor ya incurrió en mora en cada una de ellas. Sería una suerte de tasa por la redacción del escrito de reclamación en vía administrativa, lo que no se compadece con la regulación contenida en la Ley 3/2004 y en la Directiva 2011/7/UE. Es más, la propia Directiva, en el

considerando 18, se recrea en las facturas como elemento medular del sistema que alumbra, al señalar que “*las facturas equivalen a solicitudes de pago y constituyen documentos relevantes en la cadena de operaciones para el suministro de bienes y servicios, en particular, para determinar el plazo límite de pago*”, cuyo exceso determina la mora. De modo que *la presentación de la factura y su falta de pago en plazo determina el pago automático de la cantidad de 40 euros, sin necesidad de la presentación posterior de la reclamación de la deuda principal e intereses en sede administrativa*» (las cursivas son mías).

Como se aprecia, tal y como hace el TJUE, el TS consideró, sobre la base del concepto de «morosidad» y el Cdo. 18 de la Directiva 2011/7, que la exigibilidad de la cantidad fija de 40 euros se produce cada vez que el deudor incurra en mora, lo que acontece cada vez que la factura presentada al cobro no ha sido pagada en plazo contractual o legalmente establecido. Además, el TS refiere también que no existe norma alguna (ni comunitaria ni nacional) que haga entender que la mencionada cantidad fija resulta exigible por cada reclamación de pago presentada (aunque contenga miles de facturas) y no por cada factura.

Aunque atendiendo únicamente a razones normativas, considero acertada la interpretación que el TJUE brinda al art. 6 de la Directiva 2011/7. Y es que, como se ha indicado, el art. 6.1 Directiva 2011/7 delimita el supuesto de hecho que se ha de cumplir para que el acreedor esté obligado a pagar la suma fija que cada Estado miembro determine como «indemnización automática» por costes de cobro. Este precepto señala expresamente lo siguiente: «Los Estados miembros se asegurarán de que, en los casos en que resulte exigible el interés de demora en las operaciones comerciales con arreglo a los artículos 3 o 4, el acreedor tenga derecho a cobrar al deudor, como mínimo, una cantidad fija de 40 €».

Así pues, si se piensa que por cada factura impagada empieza a devengar un interés moratorio independiente y, además, el texto de la Directiva indica que la cuantía fija es pagadera en los casos (en cada uno de ellos, se entiende) en que resulte exigible el interés de demora, debe asumirse, entonces, que el pago de los 40 euros ha de realizarse por cada ocasión en que el deudor moroso ha dejado devengar el interés de demora; lo que, sin duda alguna, sucede cada vez que se ha dejado de pagar la obligación consignada en una factura.

Se trata, además, de un razonamiento empleado en un antecedente de la Directiva 2011/7, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2009<sup>20</sup>, en cuyo art. 4.1 se preveía un sistema escalonado de «indemnización automática» por costes de cobro<sup>21</sup>. Así, se establecía que, por dicho concepto, el acreedor tenía derecho a cobrar al deudor las cantidades siguientes: «a) para una deuda inferior a 1,000 €, una cantidad fija de 40 €; b) para una deuda de 1,000 € o más, pero inferior a 10,000 €, una cantidad fija de 70 €; c) para una deuda de 10,000 EUR o más, una cantidad equivalente al 1% del importe por el que son pagaderos intereses de demora». De lo citado, tiene especial relevancia el hecho de que, para las deudas iguales o mayores a 10,000 €, la Propuesta liga el monto de indemnización al importe por el que son pagaderos los intereses moratorios. Es indudable que dicho importe viene establecido en cada factura, pues cada una de ellas contendrá su propia suma de capital, a la que devengarán sus correlativos intereses de mora. Por tal motivo, puede concluirse que, en la mente del legislador europeo, el acreedor debe pagar, como indemnización automática por costes de cobro, una determinada cuantía por *cada vez que se devenguen intereses moratorios de un principal o, lo que es lo mismo, por cada factura impagada*.

Sin embargo, lo anterior no obsta para considerar criticable esta medida legislativa, principalmente desde la propia naturaleza que la regulación antimorosidad le atribuye al monto fijo contenido en el art. 6 de la Directiva 2011/7: una indemnización por costes de cobro, es decir, una reparación económica a favor del acreedor a causa de los gastos que tuvo que asumir para hacer efectivo el cobro de su crédito<sup>22</sup>. No obstante, más que atender a los gastos de cobro, asignar a cada factura impagada una cuantía fija de 40 euros parece estar dirigida a la imposición de una nueva sanción al deudor, amén de los ya elevados intereses moratorios previstos en la LLCM y en la propia Directiva 2011/7<sup>23</sup>. De hecho, el Gobierno español, dentro del proceso, alegó que, ya que la compensación por costes de cobro debe ser «razonable» en términos del art. 6 de la

---

<sup>20</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales de 8 de abril de 2009. Refundición (aplica la *Small Business Act*) [SEC(2009) 315] [SEC(2009) 316].

<sup>21</sup> De un modo similar a lo previsto en la legislación británica (sección 5A de la *Late Payment of Commercial Debts [Interest] Act 1998 C. 20*) y en la irlandesa (apéndice de la *European Communities [Late Payment in Commercial Transactions] Regulations 2002 - S.I. n. 388/2002*).

<sup>22</sup> El Cdo. 19 de la Directiva 2011/7 señala que «[l]a *compensación* en forma de una *cantidad fija* debe tener como objetivo limitar los costes administrativos e internos ligados al cobro» (la cursiva es mía).

<sup>23</sup> Esto, al parecer, se toma en consideración en la SAP A Coruña 2217/2018, de 14 de noviembre (ECLI:ES:APC:2018:2217). En esta sentencia, asumiéndose que la cuantía fija de 40 euros ha de pagarse por reclamación y no por factura, se indica que dicho monto es solo *el complemento* de «un interés significativamente más elevado que el normal del mercado, y muy superior al interés legal del dinero».

Directiva, «el acreedor no puede invocar este artículo para reclamar una cantidad fija mínima de 40 euros por cada factura incluida en una reclamación única, ya que ello equivaldría a concederle una compensación repetida y excesiva de los costes vinculados a dicha reclamación» (*vid.* apdo. 38 de la Sentencia).

Y es que, si se considera que la cuantía prevista en el art. 6 de la Directiva 2011/7 tiene el privilegio de ser automática (porque no necesita ser reclamada) y *a forfait* (el acreedor no necesita sustentarla acreditando un efectivo gasto de cobro<sup>24</sup>)<sup>25</sup>, entonces es factible la argucia de fraccionar la suma total adeudada en diversas «mini-facturas», no en virtud de la naturaleza de la operación, sino con el solo fin de conseguir un monto fijo y privilegiado por cada una de ellas<sup>26</sup>, lo que, a la larga, representará una sanción adicional al deudor más que una reparación para el acreedor.

Así, por ejemplo, en la SAP Ourense 142/2018, de 18 de mayo (ECLI:ES:APOU:2018:142), se condena al deudor al pago de una cuantía fija de 40 euros, como indemnización automática de costes de cobro (*ex art.* 8.1, 1º párr. LLCM), por haber incurrido en mora en el pago de una deuda representada en una única factura, la cual fue valorada en 13,018.36 euros. En contraste, en la SAP Valencia 3132/2018, de 14 de junio (ECLI:ES:APV:2018:3132) se condena al deudor al pago de 1.360,00 €, también como indemnización automática por costes de cobro, por haber incurrido en mora en el pago de 34 facturas, las que, en su conjunto, suman un total de 6.458,58 €. Ante estos dos casos, cabe cuestionarse si es justificable que un acreedor tenga derecho a una cuantía fija de 1.360,00 € basado en el hecho tan contingente de haber emitido 34 facturas y sin la necesidad de acreditar gasto alguno, a diferencia de un acreedor que solo puede cobrar 40 € por el mismo concepto, sencillamente porque decidió incluir en una única factura los varios trabajos que realizó a favor del deudor. La situación llama más la atención por el dato de que la deuda total que se quiere cobrar en un caso es prácticamente el doble de lo que se reclama en el otro y, sin embargo, la cuantía fija por indemnización en este último caso es 34 veces mayor que en el primero.

Asimismo, si el criterio legal es que debe pagarse una suma fija por cada factura impagada, ello permite que la cuantía pagadera como «indemnización automática», en

---

<sup>24</sup> Otras normas comparadas que transponen la Directiva 2011/7 confirman el carácter «forfaitario» de la cuantía fija de 40 euros. Así, el art. D.441-5 del Código de Comercio francés establece lo siguiente: «*Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement prévue au douzième alinéa du I de l'article L.441-6 est fixé à 40 euros*». Por su parte, el art. 6.2 del *Decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231* (Italia) señala que «*[a]l creditore spetta [...] un importo forfettario di 40 euro a titolo di risarcimento del danno*».

<sup>25</sup> Viciano Pastor (2012: 424).

<sup>26</sup> Riesgo que ya había sido advertido por Miranda Serrano y García Mandaloniz (2013: 8).

determinados casos (cuando el número de facturas adeudadas es muy elevado), llegue a ser aún mayor que la que se pagaría, en los mismos supuestos, si el acreedor tuviera que acreditar todos sus costes de cobro para ser indemnizado. En estos casos, quedaría sin ámbito de aplicación lo establecido en el art. 6.3 de la Directiva 2011/7 (que reconoce el derecho del acreedor a reclamar una compensación razonable por todos los demás costes de cobro que superen la cantidad fija y que haya sufrido a causa de la morosidad del deudor), pues todo estaría cubierto por un monto privilegiado, elevado por el número de facturas y sin necesidad de probar nada más que el retraso del deudor en el pago.

Y es que, además, el TJUE sostiene que mientras más facturas impagadas tenga el acreedor, mayores son los gastos que debe afrontar para llevar a cabo el cobro de las respectivas deudas («costes que tienden a aumentar en proporción al número de pagos y cantidades que el deudor no satisface a su vencimiento», dice el Tribunal en el apdo. 37 de la sentencia); algo que, a mi parecer, no tiene pleno asidero en la realidad. Desde luego, es tan posible que un acreedor afronte mayores gastos por el cobro de una sola factura (por tratarse, probablemente, de una deuda de considerable entidad dineraria) que por el cobro de ocho o diez facturas (que representan sumas de dinero más pequeñas). Los gastos en los que incurre un acreedor para cobrar su crédito dependen principalmente de la mayor o menor complejidad de los mecanismos de cobro (judiciales o extrajudiciales) y no necesariamente de la cantidad de facturas objeto de reclamación.

Por las razones anteriores, aunque se trate de una opinión de *lege ferenda*, pienso que es más razonable que la regulación antimorosidad establezca como criterio el que la cuantía fija *ex art. 6* de la Directiva 2011/7 sea pagadera por cada procedimiento de reclamación y con independencia del número de facturas presentadas al cobro.

Y es que, si bien lo deseable es que la protección al acreedor ante las consecuencias de la mora se limite a los medios que sean estrictamente necesarios para que este haga efectivo su crédito y para que el deudor se vea disuadido de cumplir a tiempo, entiendo también que la voluntad del legislador europeo va más allá, no solo al punto de permitir que las legislaciones nacionales prevean medios más beneficiosos para el acreedor<sup>27</sup>, sino, como en este caso, al punto de *privilegiarlo* directamente a través del propio texto de la Directiva. Aun con todo, si lo que se pretendía era imponer una *sanción*

---

<sup>27</sup> En materia de cuantía fija por costes de cobro, el Cdo. 21 de la Directiva 2011/7 es claro: «La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a *establecer cantidades fijas más elevadas como compensación por los costes de cobro* y, por consiguiente, *más favorables al acreedor*, o a aumentar estas cantidades, entre otros aspectos para tener en cuenta la tasa de inflación» (la cursiva es mía).

adicional a los intereses moratorios (como parece suponer la asignación de un monto fijo por factura impagada y aun cuando lo niega el TJUE en el apdo. 41 de su sentencia), es criticable que dicha medida se adopte por la vía de una aparente «indemnización» o «compensación». Es más coherente con la naturaleza indemnizatoria que se atribuye a esta cuantía fija que ésta sea pagadera por procedimiento de reclamación y no por factura impagada. De este modo, si el acreedor lo considera insuficiente por no ver cubiertos todos los costes de cobro, puede demandar sumas adicionales, acreditando debidamente su pretensión.

En todo caso, como bien señala Sospedra Navas, la interpretación brindada en esta materia por el TJUE y por el TS español beneficia a los contratistas cedentes de créditos en virtud de contratos de factoring, descuento o de tipo similar<sup>28</sup>. Ello porque, al determinarse el precio por el que se ceden las facturas sobre la base de expectativas de rentabilidad futura, la expectativa de recibir una cuantía automática y «forfaitaria» de 40,00 € por factura juega en favor de elevar el precio de cesión, principalmente cuando se transmite un número alto de facturas, con independencia de su importe.

### **III.1 El plazo de pago previsto en la LCSP y la contravención a la Directiva 2011/7**

La segunda cuestión guarda relación, como se ha explicado ya<sup>29</sup>, con lo establecido en el art. 4 de la Directiva 2011/7 y el art. 198.4 LCSP.

La norma comunitaria establece la obligación de los Estados miembros por velar que el plazo de pago no supere los 30 días desde la recepción de la factura, desde la recepción de los bienes o servicios (en caso la fecha de recepción de la factura sea dudosa o si se recibió antes que los bienes o servicios contratados) o desde la aceptación o verificación de los bienes o servicios recibidos (cuando legal o contractualmente se haya previsto un procedimiento para ese fin y se ha recibido la factura como máximo en la fecha en que tiene lugar tal aceptación o verificación).

Por su parte, la norma nacional señala la obligación de la Administración de «abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados». Asimismo, también indica que «la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que

---

<sup>28</sup> Sospedra Navas (2023: 3).

<sup>29</sup> *Vid.* apdo. II, *supra*.

acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio».

Sobre la base de esta última norma, gran parte de las Administraciones en España entendían que el plazo legal para pagar las facturas ascendía a un total de 60 días<sup>30</sup>. Así también lo asumía el TS, para quien el plazo estaba integrado por un primer periodo de 30 días para el procedimiento de aceptación o comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes o servicios recibidos y un segundo periodo de 30 días para pagar la contraprestación debida<sup>31</sup>.

Sin embargo, el TJUE resuelve esta cuestión señalando que la Directiva 2011/7 se opone a una normativa nacional que establezca, con carácter general, respecto de todas las operaciones comerciales entre empresas y poderes públicos, un plazo de pago de una duración máxima de 60 días naturales. Esto incluso si dicho plazo está compuesto por un periodo inicial de 30 días para el procedimiento de aceptación o comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes o servicios recibidos y por un periodo adicional de 30 días para el pago del precio acordado.

A juicio del TJUE, la regla general prevista en el art. 4.3 de la Directiva 2011/7 es que el plazo legal para el pago de facturas por parte de un poder público tiene una duración máxima de 30 días a partir del momento en que se produzcan las circunstancias de hecho enumeradas en tal disposición. En ese contexto, es cierto que la Directiva prevé que, cuando exista –por ley o por contrato– un procedimiento de aceptación o verificación de la conformidad con el contrato de los bienes o servicios recibidos (procedimiento que no podrá durar más de 30 días naturales, salvo acuerdo escrito que amplíe el plazo y que no exista abuso para el acreedor, *ex art. 4.5 de la Directiva*), el plazo de 30 días para el pago empezará a computarse a partir de la fecha en que se produce la aceptación o verificación correspondiente (lo que podría calificarse como un plazo total de 60 días). Sin embargo, como bien observa el Tribunal, tal supuesto de hecho no es reconocido como inherente a todos los casos de operaciones comerciales entre poder público y empresa (*vid. apdo. 47*

---

<sup>30</sup> Amérigo Alonso *et al.* (2023).

<sup>31</sup> *Vid.* SSTS 4300/2022, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4300) y 1420/2022, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1420).

de la sentencia), lo que permite inferir que un procedimiento de verificación o aceptación solo puede contemplarse para casos definidos y no como regla general<sup>32</sup>.

Para abundar en razones, el art. 4.4, 1º párr. de la Directiva 2011/7 señala específicos supuestos en los que sí resulta justificable la ampliación del plazo de pago hasta un máximo de 60 días (cuando un poder público realice actividades económicas de carácter industrial o mercantil consistentes en entrega de bienes o prestaciones de servicios, o preste servicios de asistencia sanitaria), pero en ningún caso se contempla que tal regla tenga aplicabilidad general. Asimismo, el TJUE hace referencia al art. 4.6 de la Directiva (el cual establece que, para que pueda ampliarse el plazo general de pago de 30 días hasta un máximo de 60, tal ampliación debe estipularse expresamente por contrato y estar justificadas por la naturaleza o características del contrato) con el fin de argumentar que todo plazo de pago que vaya más allá de los 30 días ha de estar sustentado en motivos objetivos, específicos y referidos a la naturaleza o características de determinadas operaciones comerciales. En ese sentido, el Tribunal hace suyas las conclusiones del Abogado General, para quien «la aplicación a las operaciones comerciales entre las empresas y los poderes públicos de un plazo de pago de más de 30 días naturales, hasta un máximo de 60 días naturales, es excepcional y debe limitarse a determinados supuestos bien definidos»<sup>33</sup>.

En consecuencia, el TJUE interpreta el art. 4 de la Directiva 2011/7 en el sentido de que «la fijación, por un Estado miembro, de un plazo de pago de una duración máxima de 60 días naturales en las operaciones entre empresas y poderes públicos solo está permitida en las condiciones y dentro de los límites establecidos en dicho artículo». Así pues, el art. 198.4 LCSP prevé una suma de plazos (30 + 30) que alarga hasta 60 días, desde la recepción de los bienes o servicios, el tiempo para que el proveedor reciba su pago. Y tal alargamiento se debe a que la ley española contempla un mecanismo de verificación o aceptación aplicable a todas las operaciones entre Administración y empresa y no para determinados supuestos, por lo que ha de concluirse que tal disposición contraviene el art. 4 de la Directiva 2011/7.

En mi opinión, el TJUE acierta en el hecho de que una norma como el art. 198.4 LCSP contraviene la Directiva 2011/7. Sin embargo, la argumentación empleada pudo haber sido más clara, pues, a lo largo de la sentencia, el Tribunal apunta a varias

---

<sup>32</sup> Sospedra Navas (2023: 3).

<sup>33</sup> Conclusiones presentadas el 28 de abril de 2022 (asunto C-585/20).

disposiciones de la Directiva que, en realidad, hacen referencia a supuestos de hecho distintos: por un lado, disposiciones referidas a la posibilidad de ampliar el plazo de pago de 30 días y, por otro lado, disposiciones referidas a la posibilidad de establecer legal o convencionalmente un procedimiento de comprobación o verificación de conformidad con el contrato de los bienes o servicios recibidos. Distinguir adecuadamente ambos grupos de normas habría ayudado a tener una argumentación más diáfana.

Así pues, está claro que la Directiva 2011/7 busca, como regla general, que el tiempo que ha de transcurrir desde la recepción de la factura o de los bienes o servicios prestados hasta que la Administración cumpla con el pago no exceda de 30 días naturales. No obstante, la propia Directiva también reconoce *dos vías de excepción* por las que, de existir justificación, es posible la ampliación de tal laso de tiempo. Dichas vías son:

- (i) que por ley o por contrato se establezca un plazo de pago mayor a 30 días hasta un máximo de 60 días (art. 4, apdos. 4 y 6, de la Directiva 2011/7)<sup>34</sup>; y,
- (ii) que por ley o por contrato se establezca un procedimiento de aceptación o verificación de conformidad con el contrato de los bienes o servicios recibidos, el cual no podrá durar más de 30 días (art. 4, apdo. 3, a) iv) y 5, de la Directiva 2011/7)<sup>35</sup>.

A partir de la literalidad de la Directiva, se puede inferir que la *primera vía de excepción* sólo se permite para supuestos determinados o cuando existan razones que así lo justifiquen. Así pues, el art. 4.4 de la Directiva contempla una lista corta de casos específicos en los que, por ley, es posible ampliar el plazo de pago hasta un máximo de 60 días, mientras el art. 4.6 exige que todo acuerdo expreso que amplíe el plazo de pago hasta el límite de los 60 días ha de justificarse en razones objetivas referidas a la naturaleza o características del contrato en cuestión.

Sobre la base de lo anterior, el art. 198.4 LCSP no contraviene la literalidad de la Directiva 2011/7 en el sentido de que amplíe indebidamente el plazo de pago de las Administraciones. En efecto, aunque suele entenderse que dicha norma recoge, en realidad, un plazo de pago total de 60 días, lo cierto es que lo que literalmente prevé son dos plazos de naturaleza distinta: uno de 30 días para la comprobación o verificación de

---

<sup>34</sup> Mientras el art. 4.4 de la Directiva 2011/7 establece específicos supuestos en los que *por ley* se puede ampliar el plazo de pago hasta un máximo de 60 días, el art. 4.6 prevé la posibilidad de que, *por acuerdo expreso* (y por causa justificada), el plazo de pago pueda dilatarse también hasta un máximo de 60 días naturales.

<sup>35</sup> El art. 4.3, a) iv) de la Directiva 2011/7 indica la posibilidad de que, *por ley o por contrato*, se establezca un procedimiento de aceptación o verificación. Tal procedimiento no podrá durar más de 30 días *ex art.* 4.5 de la Directiva.

conformidad con el contrato celebrado y otro de 30 días que opera específicamente como lapso para el pago<sup>36</sup>. Bajo este razonamiento, el art. 198.4 LCSP no recoge una ampliación del estricto plazo de pago de 30 días *ex* Directiva 2011/7, sino que lo confirma<sup>37</sup>.

La contravención, entonces, se encuentra en otro lado. Como he dicho, la *segunda vía de excepción* por la que puede ampliarse el tiempo que ha de transcurrir desde la recepción de la factura o de los bienes o servicios prestados hasta que la Administración cumpla con el pago es la previsión de un procedimiento de aceptación o comprobación, cuya duración no puede exceder de 30 días. Y tal mecanismo, al igual que con la primera vía de excepción, solo puede ser establecido por ley para determinados supuestos o pactado expresamente sobre la base de motivos que así lo justifiquen.

En efecto, aunque la Directiva 2011/7 no hace referencia expresa a la excepcionalidad con la que puede establecerse este tipo de procedimientos de comprobación (aunque la expresión «si legalmente o en contrato» del art. 4.4, a) iv) parece indicar que tal procedimiento no tiene aplicabilidad general sino solo en determinados supuestos), lo cierto es que un mecanismo como aquél puede dilatar el tiempo en que un proveedor debe esperar el pago de la Administración desde la entrega de los bienes o prestación de servicios más allá de los 30 días de la regla general. Por lo tanto, con base en una interpretación sistemática y teleológica, si al legislador europeo le interesa que, en general, el proveedor de los bienes o servicios reciba el pago, como máximo, en 30 días, cabe concluir que un procedimiento de aceptación o verificación, en tanto mecanismo que puede dilatar tal lapso de tiempo, solo puede preverse justificadamente en determinados supuestos de hecho y no con aplicabilidad general.

De hecho, en la doctrina ya se había advertido que el art. 198.4 LCSP encajaba mal con la regla general de la Directiva. En palabras de GONZÁLEZ-DELEITO (2019), «[n]o cabe duda de que la correcta interpretación del artículo 4.3.a), subapartados i) y iv) conlleva a que la regla general para establecer periodos de pago en las operaciones comerciales entre particulares y los poderes adjudicadores haya de ser de 30 días naturales desde la fecha de recepción de la factura o solicitud de pago equivalente, de modo que la posibilidad de ampliarlo hasta un máximo de 60 días naturales, incluyendo

---

<sup>36</sup> En ese sentido, Andrés Llamas (2021: 255) indica que «son dos las obligaciones de la Administración que se hallan sometidas a un plazo restrictivo de treinta días: la obligación de pago en sentido estricto y la obligación previa de resolver el procedimiento de aceptación o verificación expidiendo las certificaciones o documentos que acrediten la conformidad».

<sup>37</sup> De hecho, tomado de forma literal, el art. 198.4 LCSP es una manifestación de lo previsto en el art. 4.3, a) iv) de la Directiva 2011/7, como lo reconoce Sola Rodríguez (2023).

*un procedimiento previo de comprobación o verificación, esté condicionado a que constituya una exigencia funcional derivada de la propia naturaleza o características del contrato, es decir, su uso esté condicionado a “que esté objetivamente justificado a la luz de la naturaleza o las características particulares del contrato”» (la cursiva es mía).*

Es aquí, entonces, donde radica la contravención del art. 198.4 LCSP a la Directiva 2011/7. Aquella norma establece un procedimiento de aceptación o verificación de la conformidad de los bienes o servicios recibidos con el contrato, no como un mecanismo dirigido a supuestos determinados, sino como uno de aplicación a la generalidad de contratos públicos. De este modo, la regla excepcional según lo previsto en la Directiva pasa a ser la regla general en el art. 198.4 LCSP<sup>38</sup>.

En consecuencia, será necesario modificar en este aspecto la LCSP<sup>39</sup>. Por un lado, habrá de establecerse como regla general para las Administraciones el pago a sus contratistas en el plazo de 30 días naturales desde la recepción de la factura o de los bienes o servicios contratados (será el legislador quien determine el *dies a quo* más conveniente) y, por otro lado, deberá indicarse para qué específicas operaciones comerciales resulta aplicable el procedimiento de aprobación o verificación de conformidad con el contrato, el cual no podrá exceder de 30 días desde la recepción de los bienes o servicios *ex art. 4.5* de la Directiva 2011/7<sup>40</sup>. Y, en estos supuestos determinados, establecer que el plazo de

---

<sup>38</sup> Sola Rodríguez (2023)

<sup>39</sup> Castillo Blanco (2022).

<sup>40</sup> Por ejemplo, como bien explica Sola Rodríguez (2023), «[l]a efectiva utilidad del procedimiento [de aceptación o verificación] puede advertirse en contratos como los de concesión de servicios en los que la entidad contratante abone un precio en virtud, por ejemplo, de la calidad o disponibilidad del servicio, de modo que el riesgo operacional esté transferido al contratista a través del cumplimiento de estándares de calidad pactados en la prestación del servicio (el denominado “riesgo de disponibilidad”), lo que hace necesario comprobar si el contratista cumple o no los niveles o parámetros de disponibilidad pactados a través de la utilización de indicadores basados en una determinada metodología de comprobación que, en muchos casos, resulta especialmente compleja al tener que manejar una ingente cantidad de datos o realizar valoraciones técnicas especializados, derivándose de esta complejidad la imposibilidad de realizarla de forma inmediata. En esos casos, el plazo adicional de 30 días sí es posible —y necesario— para comprobar o verificar la ejecución del contrato, que debe entenderse circunscrita a los supuestos en los que objetivamente sean necesarias unas actuaciones complejas para comprobar efectivamente la correcta realización de la prestación debida».

pago de 30 días empezará a computarse a partir de la fecha de la aceptación o verificación correspondiente.

#### **III.4. El IVA de la factura como parte de la «cantidad adeudada» a efectos del cómputo de los intereses de demora**

El art. 2.8 de la Directiva 2011/7 define como «cantidad adeudada» al «importe principal que debe pagarse en el plazo contractual o legal establecido, incluidos los impuestos, tasas, derechos o costes especificados en la factura o en la solicitud de pago equivalente». En ese contexto, la tercera cuestión prejudicial planteada por el juzgado remitente busca determinar si, a efectos del cálculo del interés de demora, se puede computar como parte de la «cantidad adeudada» el importe del IVA indicado en la factura no pagada por el deudor, incluso si al vencimiento de dicha factura el acreedor sujeto pasivo no ha abonado aún el importe a la Hacienda Pública.

Para el TJUE, atendiendo a la literalidad del art. 2.8 de la Directiva, el concepto de «cantidad adeudada» incluye, en efecto, el importe del IVA correspondiente a un bien entregado o servicio prestado. De hecho, la referencia a que dicho impuesto debe estar «especificado en la factura o en la solicitud de pago equivalente» (tal y como, además, lo especifica el art. 226 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido), a juicio del Tribunal, indica que el importe del IVA es el indicado en la factura, con independencia de las modalidades o del momento del pago del IVA por el sujeto pasivo a la Hacienda Pública.

En conclusión, «el concepto de “cantidad adeudada” no establece ninguna distinción en función de la fecha en la que el sujeto pasivo cumple su obligación de ingresar a la Hacienda Pública el importe del IVA correspondiente al bien entregado o al servicio prestado, ni en función de las modalidades de pago de dicho importe a la Hacienda Pública» (apdo. 57 de la sentencia). Esto supone que los intereses moratorios que el deudor deberá pagar por el retraso han de computarse sobre la base de toda tal «cantidad adeudada», sin importar si a la fecha del retraso el acreedor sujeto pasivo ha pagado o no el IVA a la Hacienda Pública.

Esta interpretación choca frontalmente con aquella, establecida por el TS español (STS 427/2021, de 24 de marzo [ECLI:ES:TS:2021:1197] y más recientemente, la STS

1389/2022, de 28 de octubre [ECLI:ES:TS:2022:3920])<sup>41</sup>, según la cual, si bien «debe incluirse la cuota del IVA en la base de cálculo de los intereses de demora por el retraso de la Administración en el pago de la factura derivada del contrato administrativo», también establece como condición a ello «que el contratista acredite que ha ingresado el impuesto antes de cobrar la factura», lo que explica que, «para el cálculo de los intereses sobre la cuota del IVA, el *dies a quo* será el del pago o ingreso de la misma».

Frente a la diferencia de razonamientos, podría argumentarse que la interpretación del TS español en la sentencia referida tendría como asidero el hecho de que el art. 4.1, a) de la Directiva 2011/7 exige, para que el acreedor tenga derecho a los intereses de demora, que este haya cumplido «con sus obligaciones contractuales y legales» (cuestión prevista también en el Cdo. 17)<sup>42</sup>. Sin embargo, creo que es difícilmente amparable que el deudor de una obligación pecuniaria surgida de una «operación comercial» pueda alegar, para no pagar intereses moratorios, que el acreedor no ha cumplido con sus propias obligaciones laborales o fiscales, pues tales deberes no guardan relación directa con la relación contractual establecida (Herrada Bazán, 2022: 345). De hecho, como bien dice Soriano García (2006: 145), «sería fraudulento, por ejemplo, pretender oponerse al abono de los intereses argumentando que, aunque no se ha pagado, el [acreedor] por su parte no ha liquidado anticipadamente el IVA o tributo que se trate».

Por lo tanto, coincido plenamente con la postura del TJUE en este extremo de su sentencia.

### ***Bibliografía***

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2005), «La nueva regulación del crédito comercial. Una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad», *InDret*, n. 3. Recuperado de: <https://bit.ly/3JYtqw7>
- AMÉRIGO ALONSO, J., SANSANEDAS, J. y GRACIA BATLLORI, M. (2023), «El TJUE fija una interpretación más favorable para los contratistas de la Administración española», *Periscopio fiscal y legal* [Portal web]. Recuperado de: <https://pwc.to/3GWlAs2>
- ANDRÉS LLAMAS, M. A. (2021), *La morosidad de la Administración: obligaciones y contratos públicos*, Tecnos, Madrid.

---

<sup>41</sup> Aunque para Sospedra Navas (2023: 4), no hay un «choque frontal» entre lo resuelto por el TJUE y la doctrina del TS español, sino una diferencia surgida a partir de un «matiz importante» introducido por el primero.

<sup>42</sup> De hecho, para Martínez Fernández (2005: 48-49), las «obligaciones legales» debe entenderse referidas no solo a las exigencias legales que puedan existir para el producto o servicio contratado, sino también «a las obligaciones legales que en general le competen al proveedor como empresario».

- BALDASSARRE, R. (2009), «Working document on combating late payment in commercial transactions», *Committee on Legal Affairs EU*. Recuperado de <https://bit.ly/2IBsQgy>
- CASTILLO BLANCO, F. (2022), «A buen pagador no le duelen prendas: sentencia TJUE de 20 de octubre de 2022 (asunto C585/2020)», en *Acal* [Portal web]. Recuperado de: <https://bit.ly/3XYymVn>
- GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L. (2003): *Derecho mercantil de obligaciones. Parte general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N. (2019), «El difícil encaje de los plazos de pago de la Ley de Contratos del Sector Público en la normativa europea», en *Actualidad Administrativa*, n. 4.
- HERRADA BAZÁN, V. (2022), *Plazos de pago y morosidad entre empresas. Problemática y regulación*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- IGLESIAS ARGÜELLES, V., VÁZQUEZ CASIELLES, R. & RODRÍGUEZ DEL BOSQUE RODRÍGUEZ, I. (2004)., «Antecedentes de los plazos de pago: argumentos de eficiencia frente a argumentos de poder», en *XVI Encuentro de Profesores Universitarios de Marketing*, Alicante. Recuperado de: <https://bit.ly/2XoivE5>
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2005), «La aplicación a la contratación administrativa de la Ley de medidas contra la morosidad en operaciones comerciales», en *Revista de Estudios Locales*, n. 82.
- MIRANDA SERRANO, L. M. & GARCÍA MANDALONIZ, M. (2014), «Morosidad y Ley 11/2013 de medidas de apoyo al emprendedor», en *RDCP*, n. 20.
- MIRANDA SERRANO, L. M. (2008), *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid.
- MONTFORT, C. (2006), «Transposition française de la Directive sur les retards de paiements: rendez-vous manqué avec l'actualisation du Droit des obligations», en BADOSA COLL, F. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (Coords.), *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUELA REGLI, N. (2021), «¿Se incluyen las entidades cesionarias de créditos frente a las administraciones públicas en el ámbito de aplicación de las directivas de la UE sobre morosidad en operaciones comerciales?», en *DS: Derecho y Salud*, vol. 31.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1988), «Cesión de crédito», en *ADC*, vol. 41, n. 4.
- PERALES VISCASILLAS, M. P. (2006), *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Thomson Civitas, Madrid.
- SOLA RODRÍGUEZ, G. (2023), «A vueltas con la morosidad del sector público español. A propósito de la STJUE de 20 de octubre de 2022», en *Actualidad Administrativa*, n. 1.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J. (2023), «Contratación pública. La morosidad por pago tardío de facturas en el ámbito de la contratación pública: jurisprudencia comunitaria e interna», en *La Administración Práctica*, n. 1.
- SORIANO GARCÍA, J. E. (2006), *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa*, Iustel, Madrid.

VICIANO PASTOR, J. (2012), «La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales», en PALAU RAMÍREZ, F. y VICIANO PASTOR, J., *Tratado sobre la morosidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

### ***Relación jurisprudencial***

#### *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

STJUE de 28 de enero de 2020 (*Comisión Europea vs. República Italiana*; asunto C-122/18).

STJUE de 20 de octubre de 2022 (*BFF Finance Iberia S.A.U. vs. Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León*; asunto C-585/20).

STJUE de 1 de diciembre de 2022 (*DOMUS-Software-AG vs. Marc Braschoß Immobilien GmbH*; asunto C-370/21).

#### *Tribunal Supremo*

STS 427/2021, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1197)

STS 1820/2021, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:1820)

STS 1420/2022, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1420)

STS 1389/2022, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3920)

STS 4300/2022, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4300)

ATS de 26 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1796A)

#### *Audiencia Nacional*

SAN 3297/2017, de 19 de julio (ECLI:ES:AN:2017:3297)

SAN 1803/2018, de 25 de abril de 2018 (ECLI:ES:AN:2018:1803)

#### *Tribunales Superiores de Justicia*

STSJ CA Valencia 4702/2017, de 13 de junio (ECLI:ES:TSJCV:2017:4702)

STSJ CA Valencia 3912/2018, de 10 de octubre (ECLI:ES:TSJCV:2018:3912)

STSJ CA Madrid 4538/2018, de 26 de abril (ECLI:ES:TSJM:2018:4538)

#### *Audiencias Provinciales*

SAP Ourense 142/2018, de 18 de mayo (ECLI:ES:APOU:2018:142)

SAP Valencia 3132/2018, de 14 de junio (ECLI:ES:APV:2018:3132)

SAP A Coruña 2217/2018, de 14 de noviembre (ECLI:ES:APC:2018:2217)

**EL CONTROL JUDICIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA  
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LA  
JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

*Judicial control of unfair terms in the Constitutional Court case law in light of the  
EUCJ case law*

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO

[celia.martinez@uva.es](mailto:celia.martinez@uva.es)

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Valladolid

Letrada del Tribunal Constitucional

***Cómo citar / Citation***

Martínez Escribano, C. (2023).

El control judicial de cláusulas abusivas en la jurisprudencia del TC a la luz de la jurisprudencia  
del TJUE

*Cuadernos de Derecho Privado*, 5, pp. 68-99

.....F QKj wr u<lf qkQti B208437: lfr 6: "  
....."(Recepción: 18/12/2022; aceptación tras revisión: 20/04/2023; publicación: 28/04/2023)

***Resumen***

A partir de la STC 31/2019, de 28 de febrero, se ha ido consolidando una jurisprudencia constitucional que aprecia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando el juez, en un procedimiento de ejecución (habitualmente ejecuciones hipotecarias) se niega a realizar el control de cláusulas abusivas solicitado por una de las partes del proceso -el ejecutado que reúne la condición de consumidor- una vez que ha transcurrido el plazo para formular oposición a la ejecución. Tal vulneración se produciría porque el juez en este caso estaría inaplicando el derecho de la Unión Europea y, particularmente, lo establecido en la STJUE Banco Primus. Más recientemente, se ha dictado un nuevo pronunciamiento del TJUE que incide con mayor detalle sobre estas cuestiones y que lleva a plantear si esta jurisprudencia constitucional merece ser revisada en algún sentido. A esta cuestión se dedica este estudio.

***Palabras clave***

Jurisprudencia constitucional, tutela judicial efectiva, principio de primacía del Derecho de la UE, cláusulas abusivas, procedimiento de ejecución.

***Abstract***

Since the STC 31/2019, 28th February, the Constitutional Court has developed a case law interpretation according to which the right to an effective remedy would be breached in a foreclosure procedure (usually mortgage foreclosure) when one party -the debtor who is a consumer- claims the control of unfair terms and the judge refuses it by arguing that the time to formulate opposition has gone. Such a breach of the right would take place because in this case the judge would not be applying EU law and particularly what the EUCJ stated in Banco Primus case. However, a new statement of the EUCJ has more

deeply dealt with these issues and the question whether this case law should be reviewed arises. That is the subject of this paper.

### **Keywords**

Constitutional case law, right to an effective remedy, principle of the primacy of EU law, unfair terms, foreclosure procedure.

### **SUMARIO:**

---

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. II. LA COLISIÓN ENTRE LAS NORMAS PROCESALES NACIONALES Y LA DIRECTIVA 93/13/CEE: PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL Y PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD. II.1. El diferente enfoque del derecho nacional y del Derecho de la UE. II.2. Tutela judicial efectiva, principio de primacía del Derecho de la UE y principio de autonomía procesal. III. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN. III.1.- El origen de la controversia en los procedimientos de ejecución: el caso Aziz. III.2. El incidente de oposición extemporáneo: las SSTJUE en los asuntos BBVA y Banco Primus. IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESTABLECIDA EN LA STC 31/2019. IV.1. La STC 31/2019: las circunstancias del caso y la doctrina del Tribunal Constitucional. IV.2. La jurisprudencia constitucional posterior. V. LA STJUE C-600/19, DE 17 DE MAYO DE 2022. VI. REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANTERIOR A LA LUZ DE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. VII. ¿ALGO HA CAMBIADO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TRAS EL ÚLTIMO PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE? VIII. REFLEXIÓN FINAL. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

---

## **I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

La idea de que pueda haber una jurisprudencia del TC en relación con las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario es algo que, a primera vista, puede resultar llamativo, o incluso chocante para un civilista. En principio, podemos pensar que esta materia cae en el ámbito del derecho patrimonial, en materia contractual, y más específicamente en los contratos celebrados con consumidores, lo que puede hacer dudar de que concurra algún derecho fundamental que pueda verse lesionado y que justifique un pronunciamiento del TC a través del recurso de amparo. Más bien, parece que nos encontraríamos ante una cuestión de legalidad ordinaria y que estas controversias habrán

de resolverlas los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria aplicando, eso sí, el derecho de la Unión Europea; en concreto, la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) dictada para la interpretación de la citada directiva, jurisprudencia que también forma parte del Derecho de la UE.

No obstante, desde la STC 31/2019, de 28 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:31), existe una jurisprudencia constitucional sobre la materia que, además, se ha tornado en poco tiempo en una jurisprudencia muy consolidada si tenemos en cuenta el número de pronunciamientos que se han seguido tras esta primera sentencia y que rondan, o quizá ya superan, la veintena.

¿Cómo se puede justificar esta intervención del TC sobre la materia? No es, ni puede ser, función del TC realizar un pronunciamiento sobre el eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor, ni se proyecta sobre esta cuestión la jurisprudencia citada<sup>1</sup>.

La doctrina del TC sobre la que pivota este trabajo se mueve en un terreno que ya había venido abonado por las SSTC 145/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:145), y 232/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TC:2015:232), y que viene a considerar que si el órgano judicial no aplica una norma del derecho de la UE (y la jurisprudencia del TJUE es Derecho de la UE), en contra del principio de primacía del derecho de la UE, incurre en una selección no razonable de la norma aplicable al proceso y, de este modo, su actuación vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

Concretamente, en la STC 145/2012 (ECLI:ES:TC:2012:145)<sup>2</sup>, el recurrente en amparo alegaba una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por selección irracional y arbitraria de la norma aplicable, porque el órgano judicial no aplicó una sentencia del TJUE aportada por el recurrente y que declara explícitamente la contradicción entre una norma nacional española y determinados preceptos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En la STC 232/2015, de 5 de noviembre

---

<sup>1</sup> Es más, en algunas de las sentencias dictadas por el TC en esta materia expresamente se indica que no es función de este pronunciarse sobre el carácter abusivo de las cláusulas, pues es una cuestión cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. En este sentido, la STC 140/2020, de 6 de octubre, FJ 2 (ECLI:ES:TC:2020:140); STC 8/2021, de 25 de enero, FJ 2 ECLI:ES:TC:2021:8); STC 12/2021, de 25 de enero, FJ 2 (ECLI:ES:TC:2021:12).

<sup>2</sup> El recurso de amparo se planteó frente a una resolución del orden contencioso-administrativo porque el órgano judicial aplicó una norma nacional en materia de hidrocarburos pese a que la STJUE de 17 de julio de 2008 (ECLI:EU:C:2008:428), aportada al proceso, declaraba explícitamente la contradicción entre esa norma y los arts. 43 y 56 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

(ECLI:ES:TC:2015:232)<sup>3</sup>, también se apreció la vulneración del art. 24.1 CE porque, habiendo invocado la parte en el proceso una concreta jurisprudencia del TJUE, el órgano judicial ni la cita, ni la valora, limitándose a remitirse a un pronunciamiento anterior del mismo órgano judicial, con lo que se vulnera el principio de primacía, se incurre en una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso y se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

Posteriormente, la STC 75/2017, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2017:75)<sup>4</sup>, se pronunció sobre si, para resolver el fondo del asunto, el órgano judicial ha tenido en cuenta la interpretación del TJUE sobre el derecho de la UE en relación con el concepto de consumidor, y concede también el amparo, como en los casos anteriores. El Tribunal Constitucional tiene en cuenta en este caso que, al tiempo de resolver el órgano judicial nacional, ya existía una jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de consumidor y que fue aportada al proceso por la parte litigante. Sin embargo, al resolver, ni cita ni valora esta jurisprudencia, limitándose a aplicar el criterio del TS y de otras audiencias provinciales mantenido con anterioridad al pronunciamiento del TJUE. Y por ello, el Tribunal Constitucional aprecia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de deber de motivación en relación con el principio de primacía del derecho de la UE y la selección razonable de la norma aplicable. Pero este caso, aun refiriéndose también a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, versa sobre una cuestión distinta a la que voy a tratar.

En el caso de la STC 31/2019, de 28 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:31), y todas las que siguen a esta, la jurisprudencia del TJUE que, según el Tribunal Constitucional,

---

<sup>3</sup> En este caso, la Administración había negado a un profesor interino un complemento específico (sexenio) por no ser funcionario de carrera. El Juzgado contencioso-administrativo estimó la pretensión del demandante con base en la Directiva 1999/70/CE y la STJUE de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05, del Cerro Alonso (ECLI:EU:C:2007:509). Pero el TSJ de Madrid revocó la sentencia a pesar de que unos meses antes el ATJUE de 9 de febrero de 2012, asunto C-556/11, Lorenzo Martínez (ECLI:EU:C:2012:67), se mostró favorable a la equiparación entre profesores funcionarios interinos y profesores funcionarios de carrera.

<sup>4</sup> En este caso, en la jurisdicción civil no se había atribuido la condición de consumidora a la demandante de amparo en los términos en que se pronunciaba el ATJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto *Dumitru Tarcău*, C-74/2015 (ECLI:EU:C:2015:772), lo que impidió que se analizara el carácter abusivo de las cláusulas contractuales. tal modo de proceder constituía, a juicio de la recurrente, una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del deber de motivación de la resolución judicial en relación con el principio de primacía del derecho de la UE y la selección razonable de la norma aplicable. Existe un interesante comentario de esta sentencia del Tribunal Constitucional y los problemas que puede plantear el control constitucional de la motivación de la resolución judicial abordado por Álvarez Olalla, P. (2018: 95-132).

no puede desplazar el juez nacional a la luz del principio de primacía del derecho de la UE, es la relativa al deber del órgano judicial de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello<sup>5</sup>. Desde que se inició esta jurisprudencia en relación con el principio de primacía del derecho de la UE, se ha planteado hasta qué punto corresponde al Tribunal Constitucional realizar un pronunciamiento sobre una cuestión que cae en el ámbito del derecho de la UE, cuyo intérprete es el TJUE<sup>6</sup>.

En relación con las cuestiones de derecho europeo, el Tribunal Constitucional marcó distancias en un primer momento [STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5 (ECLI:ES:TC:1991:28)] poniendo de relieve que el hecho de que una norma de la UE no se haya interpretado correctamente no puede constituir el objeto de un recurso de amparo o de otro recurso ante este tribunal. Este control compete más bien a los órganos de la jurisdicción ordinaria y al TJUE. Posteriormente, consideró como parte del derecho a la tutela judicial efectiva y en relación con el principio de primacía del derecho de la Unión la cuestión prejudicial como una garantía que permite asegurar la correcta interpretación y la validez de las disposiciones europeas antes de desplazar la normativa nacional por aplicación del principio de primacía<sup>7</sup>.

Más recientemente, con las sentencias antes citadas que conectan el derecho a la tutela judicial efectiva y la selección no arbitraria de la norma aplicable, entra a analizar la actuación del órgano judicial en relación con la aplicación del derecho de la UE desde una perspectiva distinta<sup>8</sup>. El problema que se plantea en los casos en que se aprecia una

---

<sup>5</sup> Tal y como se ha reconocido, entre otras, en las SSTJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013 (ECLI:EU:C:2013:164), en el asunto *Aziz*, apartado 46; C-154/15, C-307/15 y C-308/15, de 21 de diciembre de 2016, (ECLI:EU:C:2016:980), en el asunto *Gutiérrez Naranjo*, apartado 58; C-421/14, de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60), en el asunto *Banco Primus*, apartado 43.

<sup>6</sup> Cabe destacar particularmente la propuesta que realiza Arroyo Jiménez (2014:295-313) en relación con esta cuestión, admitiendo pronunciamientos constitucionales en relación con la aplicación judicial del derecho de la UE tanto en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada como en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías. Como veremos a lo largo de este trabajo, la cuestión cobra actualidad con la jurisprudencia iniciada con la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31).

<sup>7</sup> A ello se refiere Aguilar Calahorra (2014:525-526) con cita de las SSTC 58/2004, de 19 de abril (ECLI:ES:TC:2004:58); 194/2006, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2006:194); 78/2010, de 20 de octubre (ECLI:ES:TC:2010:78) y 27/2013, de 11 de febrero (ECLI:ES:TC:2013:27).

<sup>8</sup> Esta jurisprudencia constituye, en palabras de Mangas y Liñán (2020:526), un claro giro en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al asumir que le corresponde velar por el respeto del principio de primacía del derecho de la Unión como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, frente a la doctrina anterior en la que se negaba a controlar la conformidad de los actos del poder judicial con las obligaciones de la Unión protegidas expresamente por la Constitución y que dejaban sin garantía en España el derecho al juez legal del derecho comunitario, y con ello se evita la responsabilidad patrimonial del Estado por un ilícito comunitario.

posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada es el de la intensidad del control por parte del Tribunal Constitucional. El canon de constitucionalidad, según se dice en la doctrina<sup>9</sup>, debe ser equiparable al que se realiza en la aplicación de las leyes, de manera que no alcanza al acierto judicial, sino que se limita a comprobar si la resolución judicial está motivada y si esa motivación no incurre en un error patente o es manifiestamente irrazonable o arbitraria.

## **II. LA COLISIÓN ENTRE LAS NORMAS PROCESALES NACIONALES Y LA DIRECTIVA 93/13/CEE: PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL Y PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD**

### **II.1. El diferente enfoque del derecho nacional y del Derecho de la UE**

En el caso concreto que nos ocupa, el conflicto en relación con la aplicación del Derecho de la UE surge en el ámbito procesal civil.

Por una parte, la jurisprudencia del TJUE parte de considerar la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor respecto del profesional y que motiva que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE establezca que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, con lo que se pretende reemplazar el equilibrio formal por un equilibrio real. Y en este preciso contexto, tiene establecido el TJUE que “el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”<sup>10</sup>. Pero, añade el TJUE, la Directiva 93/13/CEE no se opone a una norma nacional “que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del

---

<sup>9</sup> Arroyo Jiménez (2014:299).

<sup>10</sup> STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60), en el asunto Banco Primus, apartado 43, donde cita, además, de la STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, Aziz, (ECLI:EU:C:2013:164), apartado 46 y la jurisprudencia allí citada, y la STJUE C-154/15, C-307/15 y C-308/15, de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, (ECLI:EU:C:2016:980), apartado 58.

contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada”<sup>11</sup>.

Este deber de control de oficio por parte del juez nacional al que alude el TJUE puede chocar con los principios de preclusión y cosa juzgada en relación con la regulación de los procesos de ejecución. El art. 552.1 LEC establece en su segundo párrafo la obligación del juez de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas incluidas en el título ejecutivo antes de acordar el despacho de la ejecución; y conforme al art. 551.4 LEC, contra el auto que autoriza y despacha la ejecución no cabe recurso alguno sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado. Una vez que se dicta el auto que despacha la ejecución y el correspondiente decreto, el art. 557.1 LEC solo permite al ejecutado formular oposición en el plazo de diez días desde la notificación del anterior auto por las causas tasadas que prevé el precepto. Y para el caso de la ejecución hipotecaria, el art. 695.4 LEC dispone que contra el auto que resuelva la oposición no cabrá recurso alguno, salvo que se trate de autos que ordenen el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por apreciar que las cláusulas no son abusivas, en cuyo caso puede interponerse recurso de apelación.

Por su parte, el art. 207 LEC confiere la autoridad de cosa juzgada a las resoluciones firmes contra las que no cabe recurso alguno o no se han recurrido en plazo. De manera que habría que concluir que si, atendido el régimen procesal de la ejecución antes descrito, no se realiza el examen del carácter abusivo de las cláusulas del título que se ejecuta dentro de los plazos legales, la resolución que se dicte tendrá la autoridad de cosa juzgada. Y, en consecuencia, no sería posible ya realizar este control, precisamente como consecuencia de la preclusión y la cosa juzgada.

De este modo, conforme al régimen procesal, solo bajo estas previsiones legales y dentro de los plazos conferidos por la ley sería posible examinar el carácter abusivo de las cláusulas. Pero esto parece que podría chocar con la jurisprudencia del TJUE según la cual, la Directiva 93/13/CEE no se opone a una disposición nacional “que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante

---

<sup>11</sup> STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60), en el asunto Banco Primus, apartado 49.

una resolución con fuerza de cosa juzgada”, porque conforme a las normas procesales nacionales, la cosa juzgada también existiría cuando no haya un pronunciamiento sobre el carácter abusivo de las cláusulas porque ni el juez lo declaró en el control previo al auto que despacha la ejecución, ni el ejecutado formuló oposición a ejecución invocando el carácter abusivo de la cláusula.

La cuestión es particularmente importante cuando la cláusula cuya abusividad se pretende es la de vencimiento anticipado, por cuanto determinaría el sobreseimiento del procedimiento (se trataría entonces de una “cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución”, art. 695.1.4º LEC). Pero también se puede invocar el carácter abusivo de cláusulas que hayan determinado la cantidad exigible, como puede ser una cláusula suelo, o la cláusula de intereses moratorios, entre otras.

## **2.2. Tutela judicial efectiva, principio de primacía del Derecho de la UE y principio de autonomía procesal**

Hasta la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31), la jurisprudencia constitucional a propósito del principio de primacía del derecho de la UE en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva se venía desarrollando sobre cuestiones de naturaleza sustantiva, en relación con la motivación del fondo de la controversia<sup>12</sup>. Pero en la jurisprudencia que constituye el objeto de este estudio, lo que se discute es si las normas procesales civiles españolas pueden quedar sin aplicación por efecto del derecho de la UE. En efecto, esta jurisprudencia no se refiere a la decisión judicial sobre si la cláusula contractual es abusiva, sino que se proyecta sobre una actuación judicial anterior a la propia decisión sobre el fondo. Es una jurisprudencia que se pronuncia sobre la propia actuación procesal del juez, y en concreto, sobre la obligación del juez de realizar el control de abusividad de la cláusula en casos en que el órgano judicial, por razones procesales vinculadas a la preclusión y la cosa juzgada, ha considerado que ya no procedía realizar tal control. Concretamente, esta jurisprudencia constitucional se proyecta sobre los procedimientos

---

<sup>12</sup> Existe también una jurisprudencia constitucional en relación con el principio de primacía del derecho de la UE a propósito del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE en conexión con el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE. No obstante, esta cuestión, al menos en el actual estado de la jurisprudencia constitucional objeto de este estudio, excede del tema que nos ocupa, que se sitúa en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

de ejecución y, en su gran mayoría, pero no exclusivamente, sobre las ejecuciones hipotecarias<sup>13</sup>.

La cuestión entronca así con los problemas que se pueden suscitar en el ámbito del derecho de la Unión Europea en relación con el principio de autonomía procesal de los Estados miembros. Conforme a este principio, corresponde al derecho nacional designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los procedimientos dirigidos a garantizar la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento de la Unión confiere a los justiciables. Es decir, la regulación procesal es nacional incluso cuando el objeto de la controversia sea una cuestión de derecho de la Unión. Pero esta regulación procesal encuentra un límite en los principios de equivalencia y efectividad. Es decir, las normas procesales nacionales no pueden dar un trato menos favorable al derecho de la Unión que al dispensado en recursos semejantes de derecho interno (principio de equivalencia); y esta regulación procesal debe establecerse en términos que no hagan imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión (principio de efectividad).

Teniendo en cuenta el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, hemos de partir en los procedimientos de ejecución de la regulación nacional establecida en la LEC. En concreto, y en relación con el problema que ahora nos ocupa, desde una perspectiva procesal civil, en nuestro derecho la tramitación de un incidente de oposición a la ejecución no podría llevarse a cabo si se solicita fuera del plazo previsto en la ley. Una vez que se notifica al ejecutado el auto que acuerda el despacho de la ejecución, este dispone de un plazo de diez días para formular oposición (art. 556.1 LEC en relación con el art. 555.1 LEC). Si formulara oposición una vez transcurrido este plazo, no podría tramitarse el incidente por preclusión y porque existiría cosa juzgada respecto del auto que acuerda el despacho de la ejecución<sup>14</sup>. El problema, o la posible colisión con los

---

<sup>13</sup> La problemática puede alcanzar en realidad a cualquier ejecución, y principalmente se desarrolla en las ejecuciones de títulos no judiciales, mayoritariamente ejecuciones hipotecarias. No obstante, también puede alcanzar a ejecuciones de títulos judiciales, como es el caso de la STC 12/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:12) que se refiere a la ejecución de título judicial procedente de un monitorio.

<sup>14</sup> El art. 551.4 LEC dispone: “Contra el auto autorizando y despachando la ejecución no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado”. Y el art. 552.1.2º párrafo LEC establece, tras la reforma operada por la Ley 1/2013: “El tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.º”. A la vista de estas previsiones legales, los órganos judiciales suelen entender que, si no se formula oposición en plazo, el auto que acuerda el despacho de la ejecución, según el razonamiento

principios de equivalencia y efectividad que limitan la autonomía procesal de los Estados miembros, se produce cuando el consumidor pretende que el control de abusividad se lleve a cabo transcurrido el plazo para formular oposición y, por tanto, a pesar de la preclusión y la cosa juzgada que impedirían tal control. En definitiva, se produce en estos casos una confrontación entre el derecho procesal civil y la Directiva 93/13/CEE, y es ahí donde nace la controversia objeto de este estudio y donde se despliega el control constitucional, en la medida en que conforme a la jurisprudencia del TJUE, el principio de autonomía procesal de los Estados miembros debe respetar los principios de equivalencia y efectividad del derecho de la Unión.

### **III. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN**

Hasta la fecha son muy numerosos los pronunciamientos que se han venido sucediendo por parte del TJUE en relación con las cláusulas abusivas y la Directiva 93/13/CEE. No obstante, la cuestión que ahora se plantea a propósito de si procede o no y en qué términos realizar el control de abusividad por parte del juez en el ámbito de los procedimientos de ejecución se ha abordado en sentencias muy concretas, tal y como se expone a continuación. A partir de esta jurisprudencia del TJUE se justifica la jurisprudencia constitucional sobre el problema que analizamos.

#### **III.1. El origen de la controversia en los procedimientos de ejecución: el caso Aziz**

En mi opinión, el origen de esta problemática podría situarse en la reforma de la LEC operada en 2013 (Ley 1/2013, de 14 de mayo) y que vino motivada por la STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013 (ECLI:EU:C:2013:164), en el asunto Aziz, que introduce la posibilidad de formular oposición a la ejecución basada en que el título que se ejecuta contenga cláusulas abusivas (a través del art. 557.7º LEC para la ejecución de títulos no judiciales<sup>15</sup> y del art. 695.1.4º LEC para las ejecuciones hipotecarias<sup>16</sup>). Son

---

apuntado, adquiere fuerza de cosa juzgada en relación con la existencia de cláusulas abusivas (cosa juzgada formal).

<sup>15</sup> “Que el título contenga cláusulas abusivas”.

<sup>16</sup> “El carácter abusivo de la cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”.

muchas las consecuencias a que ha dado lugar esta sentencia del TJUE y muy abundante la doctrina al respecto que ponen de manifiesto las divergencias que en algunos puntos se han venido produciendo entre la legislación procesal nacional en materia de ejecuciones hipotecarias y la protección al consumidor dispensada por la Directiva 93/13/CEE, pero su análisis excede del objeto de este estudio, centrado en una cuestión muy concreta que iré desgranando en páginas sucesivas y que conecta únicamente con el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>17</sup>.

Cuando se reforma la ejecución hipotecaria en el sentido apuntado por el TJUE en la citada sentencia, la ley 1/2013 establece en su disposición transitoria cuarta el régimen transitorio de los procesos de ejecución, y establece en su apartado 2 la posibilidad de formular oposición basada en la causa 7ª del art. 557 LEC en los procedimientos en curso mediante el planteamiento de un incidente extraordinario de oposición a la ejecución que la parte puede solicitar en el plazo preclusivo de un mes a contar desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta ley. Con esta previsión legal, se otorga a la publicación en el BOE el valor de notificación a la parte a efectos del cómputo del plazo de un mes.

### **III.2. El incidente de oposición extemporáneo: las SSTJUE C-8/14 y C-421/14**

No fue infrecuente entonces, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, respecto de procedimientos ya iniciados, que algún ejecutado que reuniera la condición de consumidor formulara el incidente extraordinario de oposición transcurrido el plazo de un mes, y en alguno de esos procedimientos, surgió la duda de si procedía o no tramitar el incidente de oposición en estas circunstancias. En uno de estos procedimientos, el órgano judicial decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE con relación a la disposición transitoria, en la medida en que podría oponerse a la Directiva 93/13/CEE. Esta cuestión prejudicial dio lugar a la sentencia C-8/14, de 29 de octubre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:731), en el asunto BBVA. El TJUE analiza en esta sentencia la disposición controvertida a la luz de los principios de equivalencia y efectividad. En cuanto al primero, considera que carece de elementos para apreciar que no se respeta,

---

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, otra de las cuestiones que se suscitaron a continuación fue el régimen de recursos tras admitirse la posibilidad de formular oposición por la existencia de cláusulas abusivas. Detalla la jurisprudencia desarrollada al respecto, por ejemplo, Carmona Contreras (2017: 318-331); Blázquez Peinado (2016: 12-30).

pero indica que, respecto del segundo, aunque no plantea problemas en relación con la duración del plazo, no se garantiza su respeto en relación con el mecanismo previsto por el legislador para determinar el inicio de ese plazo, es decir, la publicación en el BOE. Observa que, al iniciarse el procedimiento, se realizó una notificación personal al consumidor que le informaba de la posibilidad de formular oposición; al introducirse una nueva causa de oposición en la ley, los consumidores no podían razonablemente esperar que se les concediera una nueva posibilidad de formular un incidente de oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial. Por ello, la disposición transitoria cuarta vulnera el principio de efectividad y se opone a la directiva.

A raíz de este pronunciamiento, muchos consumidores frente a los que se dirigía un procedimiento de ejecución hipotecaria han entendido que podían formular oposición fuera de este plazo de un mes porque el plazo, tal y como está regulado en cuanto al *dies a quo* o inicio del cómputo, se opone a la Directiva 93/13/CEE. Y, de este modo, comenzó a ser habitual en aquel momento que, en procedimientos de ejecución hipotecaria, el consumidor tratase de promover un incidente extraordinario de oposición a la ejecución para que se examinara el carácter abusivo de una o varias cláusulas contractuales. Y este incidente extraordinario de oposición se ha promovido indistintamente para procedimientos de ejecución iniciados antes o después de la reforma de 2013, a pesar de que para estos últimos no se contemplaba en ninguna disposición legal la posibilidad de promover un incidente extraordinario de oposición a la ejecución. Ante este tipo de peticiones por parte de los ejecutados, la reacción del órgano judicial podía ser variada. En procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados tras la reforma de 2013, donde se había dado trámite para formular oposición también por cláusulas abusivas, el rechazo judicial a realizar un control de cláusulas abusivas se ha venido mostrando quizá con más firmeza. No es extraño que los jueces argumenten en estos casos que al examinar la validez del título antes de dictar auto despachando ejecución, no apreciaron que hubiera cláusulas abusivas, y que después se concedió un plazo al ejecutado para que formulara oposición si consideraba que existían cláusulas abusivas, de manera que, si no lo hizo, operaría la preclusión respecto a la posibilidad de formular oposición y existiría además el efecto de cosa juzgada del auto que despachó la ejecución, precisamente también por no haber formulado la oposición en plazo.

Posteriormente, se planteó la misma cuestión prejudicial por parte de otro juzgado, dando lugar a la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60), en el asunto Banco Primus, en la que se apoya la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31) y toda la jurisprudencia constitucional posterior hasta nuestros días. En este caso, se trataba de un procedimiento de ejecución hipotecaria anterior a la reforma de 2013. El ejecutado promovió un incidente extraordinario de oposición a la ejecución alegando el carácter abusivo de una determinada cláusula. Se dictó resolución judicial resolviendo el incidente. En un momento posterior, el consumidor trató de promover otro incidente extraordinario de oposición a la ejecución alegando el carácter abusivo de otra cláusula, y es entonces cuando el juez planteó la cuestión prejudicial.

Lo que se pregunta al TJUE en este caso es, por una parte, si la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 se opone a la Directiva 93/13/CEE, cuestión que resuelve el TJUE mediante una remisión a la sentencia C-8/14, de 29 de octubre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:731), en el asunto BBVA. Pero, además, se plantea en este caso al TJUE si la directiva obliga a examinar de oficio el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato cuando el órgano judicial ya ha realizado un control de abusividad mediante resolución judicial firme, y a pesar de las normas procesales nacionales sobre la cosa juzgada.

En la Sentencia C-421/14, de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60), en el asunto Banco Primus, el TJUE considera que la directiva no se opone a una disposición nacional como el art. 207 LEC (cosa juzgada formal), que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada. Pero si en ese examen anterior se ha limitado a examinar de oficio una sola o varias de las cláusulas, pero no todas, la directiva impone al juez la obligación de examinar, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el carácter abusivo de las demás cláusulas del contrato.

Tras estas dos sentencias, nos encontramos con que los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados antes de la reforma de 2013 no estarían sujetos al plazo de un mes desde la publicación en el BOE para formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas y que, si hubo un control judicial anterior de algunas cláusulas, pero

no de todas, el juez no se puede oponer a un ulterior control de abusividad de otra cláusula alegando cosa juzgada.

Hay que señalar que estas sentencias del TJUE no se pronuncian sobre procedimientos posteriores a la reforma de 2013. En ellos, el órgano judicial puede haber actuado de formas variadas. A veces, se limita a despachar ejecución y concede un plazo para formular oposición por las causas legales. Esto ha sido lo más habitual al principio, tras la reforma de 2013. Pero se observa que, paulatinamente, el órgano judicial ha ido incrementando sus cautelas en muchos procedimientos, tal vez motivado por la jurisprudencia constitucional a la que posteriormente me referiré. Así, en ocasiones, el órgano judicial advierte expresamente en el auto que acuerda el despacho de la ejecución sobre la posibilidad de formular oposición por cláusulas abusivas y recuerda la preclusión del plazo para ello. Y a veces, incluso, llega a señalar que, al examinar la validez del título, no ha apreciado la existencia de cláusulas abusivas, o aprecia que alguna cláusula puede ser abusiva y concede un plazo a las partes para que se pronuncien sobre ello. Cuando se le solicita posteriormente un control de abusividad de alguna cláusula, es frecuente que se oponga alegando preclusión y cosa juzgada. También es un argumento frecuente para apoyar su negativa el hecho de que la petición se haya formulado tras dictarse el decreto de adjudicación, por entender que en este caso el procedimiento ya ha concluido.

Procede, llegado este punto, analizar la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31) como punto de partida de la jurisprudencia constitucional sobre el tema que nos ocupa, analizando posteriormente cómo se ha desarrollado esta jurisprudencia sobre casos posteriores.

#### **IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESTABLECIDA EN LA STC 31/2019**

En mi opinión, un adecuado enfoque de la cuestión relativa a la obligación del juez de realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas en los procedimientos de ejecución pasa por tener en cuenta las circunstancias de cada caso para evitar posibles excesos en la dirección equivocada. En algunos casos, las sentencias del Tribunal Constitucional que abordan la cuestión que nos ocupa son muy detalladas al relatar lo

acontecido en el procedimiento judicial. Sin embargo, en otras no se describe con tanto detalle todo lo que ha acontecido en el procedimiento de ejecución<sup>18</sup>, lo que dificulta respecto de tales supuestos el análisis desde la perspectiva apuntada, aunque en todos los casos disponemos, al menos, de los datos más relevantes.

#### **IV.1. La STC 31/2019: las circunstancias del caso y la doctrina del TC**

En el supuesto planteado en el recurso de amparo que dio lugar a la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31), la demanda de ejecución hipotecaria se presentó el 28 de octubre de 2013, por tanto, después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y el 14 de abril de 2016 se dictó el decreto de adjudicación. El ejecutado presentó varios escritos de 2, 29 y 30 de mayo de 2017 planteando la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado con apoyo en la sentencia Banco Primus y la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo sobre esa cláusula ese mismo año. Los escritos no se admitieron por falta de postulación procesal. El 1 de diciembre de 2017, el ejecutado presentó un escrito promoviendo un incidente extraordinario de nulidad alegando que el título que se ejecuta contiene cláusulas abusivas, entre ellas la de vencimiento anticipado. El incidente fue inadmitido por entender que se había planteado de forma extemporánea, apreciándose además preclusión y cosa juzgada.

Se planteó entonces un recurso de amparo ante el TC en el que se denunciaba la vulneración del art. 24 CE en su vertiente de derecho de acceso a la justicia y el principio de primacía del derecho de la UE. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31), otorga el amparo con apoyo en la sentencia Banco Primus, y en concreto, la jurisprudencia del TJUE que dispone que, cuando haya una o varias cláusulas del contrato cuyo eventual carácter abusivo no ha sido examinado por una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional frente al que el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de parte o de oficio, el carácter abusivo.

El TC indica en esta sentencia que, según la jurisprudencia del TJUE, si existen cláusulas cuyo carácter abusivo no ha sido examinado en un anterior control judicial que

---

<sup>18</sup> En el sentido de si se ha solicitado una o varias veces o no se ha solicitado nunca el control de abusividad, y respecto de qué cláusulas, así como las posibles respuestas que haya podido dar a cada petición el órgano judicial y la fase del procedimiento en que se pudieran encontrar al realizar estas peticiones.

haya terminado con una resolución con fuerza de cosa juzgada, tiene el órgano judicial la obligación de examinarlas, de oficio o a instancia de parte. Y niega que el juez pueda alegar preclusión, ni puede apreciarse cosa juzgada cuando el órgano judicial no ha dictado una resolución en la que se contenga una motivación sobre la falta de abusividad. Razona que en el auto despachando ejecución no se indica que se haya realizado un examen del clausulado del contrato. Y, además, entiende en esta sentencia que el control se puede realizar en cualquier momento del procedimiento hasta el lanzamiento porque el procedimiento no termina con el decreto de adjudicación, siguiendo aquí un pronunciamiento contenido en la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60), en el asunto Banco Primus que analizaré posteriormente. Por tanto, el Tribunal Constitucional aprecia que la negativa del juez a realizar el control de cláusulas abusivas vulnera el art. 24 CE por selección no razonable de la norma aplicable al proceso en relación con el principio de primacía del derecho de la UE porque no estaría aplicando la sentencia Banco Primus.

#### **IV.2. La jurisprudencia constitucional posterior**

Esta jurisprudencia constitucional parece que no ha sido bien recibida en el ámbito judicial, o al menos en parte de él, porque, pese al dictado de la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31), hay juzgados que se han negado al control judicial de cláusulas abusivas solicitado después de que transcurriera el plazo concedido para formular oposición, al considerar el juez que en la oposición se podía haber alegado la existencia de cláusulas abusivas. En algunos casos, incluso, se han negado algunos órganos judiciales a realizar el control de abusividad a pesar de que el consumidor invocara específicamente la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31) en apoyo de la obligación judicial de efectuar el control como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y en conexión con el principio de primacía del derecho de la UE. Pero, además, paralelamente, algunos juzgados parecen haber incrementado su diligencia al redactar el auto que acuerda el despacho de la ejecución, llegando a mencionar, aunque sea en términos genéricos, que no aprecian la existencia de cláusulas abusivas y concediendo plazo para formular oposición con expresa indicación de la posibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas. La negativa al control de cláusulas abusivas es

particularmente frecuente cuando se ha dictado el decreto de adjudicación, por entender que el proceso ha concluido.

Pero con la doctrina constitucional que se acaba de exponer, el órgano judicial que actúa de este modo estaría inaplicando el derecho de la UE, que le obliga a realizar un control de oficio o a instancia de parte del carácter abusivo de las cláusulas tan pronto como disponga de los elementos de hecho o de derecho necesarios, y con el límite de la cosa juzgada. Por ello, cuando frente a la negativa judicial a realizar el control de cláusulas abusivas se ha acudido ante el TC alegando la vulneración del art. 24 CE, ha visto en más de una ocasión reconocido su derecho.

Y, de este modo, a partir de la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31), se han sucedido otras muchas que otorgan el amparo frente a la negativa del órgano judicial de realizar un control de abusividad de cláusulas del contrato de préstamo hipotecario solicitado por el ejecutado transcurrido el plazo legalmente previsto para formular oposición a la ejecución. El juez no puede alegar preclusión, y no puede alegar cosa juzgada si no hay una resolución que motivadamente indique por qué la cláusula no es abusiva. Lo cierto es que, si examinamos estas sentencias, la doctrina constitucional en sí misma no ha cambiado a lo largo de todas ellas. Pero, si analizamos las circunstancias concretas de cada uno de los casos resueltos, observamos que existen diferencias entre unos y otros supuestos, aunque tales diferencias no han generado matices en la jurisprudencia constitucional.

En este sentido, se puede apreciar que las sentencias del TC no establecen diferencias en función de que el procedimiento de ejecución se hubiera iniciado antes de la reforma de la LEC operada por la Ley 1/2013 o tras esta reforma, y, por tanto, que el consumidor haya podido promover un incidente extraordinario de oposición a la ejecución alegando la existencia de cláusulas abusivas en cualquier momento, porque el plazo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 es contrario a la Directiva 93/13/CEE -conforme a la citada STJUE C-8/14, de 29 de octubre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:731) en el asunto BBVA-, o si, tras el despacho de la ejecución, se le concedió un plazo de diez días para formular oposición, entre otros motivos, por la existencia de cláusulas abusivas<sup>19</sup>. Tampoco se aprecian diferencias en función de que el

---

<sup>19</sup> Conceden el amparo respecto de procedimientos de ejecución iniciados tras la reforma de la LEC por la Ley 1/2013 las SSTC 30/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:TC:2020:30); 48/2020, de 15 de junio (ECLI:ES:TC:2020:48); 140/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:TC:2020:140); 7/2021, de 25 de enero

control de cláusulas abusivas se haya solicitado antes o después de la adjudicación del bien; es más, en la propia STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31) se había solicitado el control tras el decreto de adjudicación<sup>20</sup>.

En definitiva, con esta jurisprudencia, el consumidor frente al que se dirige el procedimiento de ejecución puede solicitar en cualquier momento hasta el lanzamiento el control de alguna cláusula que considere abusiva y en la que se fundamente la ejecución. Y, hasta el momento, se ha venido otorgando el amparo con independencia de que la ejecución se haya iniciado antes o después de la reforma de la LEC de 2013, es decir, que se haya concedido al ejecutado la posibilidad de formular oposición en el plazo de diez días desde la notificación del despacho de la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas, o no, y con independencia de que el control judicial se haya solicitado incluso con posterioridad a la adjudicación del bien.

En este contexto se dicta la STJUE C-600/19, de 17 de mayo (ECLI:EU:C:2022:394), en el asunto Ibercaja Banco<sup>21</sup>, que profundiza sobre esta problemática. Corresponde ahora analizar sus pronunciamientos para valorar si, en la discrepancia entre el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales nacionales, es el

---

(ECLI:ES:TC:2021:7); 8/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:8); 24/2021, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:2021:24); 50/2021, de 3 de marzo (ECLI:ES:TC:2021:50); 77/2021, de 19 de abril (ECLI:ES:TC:2021:77); 92/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:92); 101/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:101); 102/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:102); 150/2021, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TC:2021:150); 154/2021, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TC:2021:154); 6/2022, de 24 de enero (ECLI:ES:TC:2022:6); 61/2022, de 9 de mayo (ECLI:ES:TC:2022:61). Como se puede apreciar, son la mayoría de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Pero también hay algún caso respecto de procedimientos de ejecución iniciados antes de la reforma de 2013, las SSTC 12/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:12); 9/2022, de 7 de febrero (ECLI:ES:TC:2022:9); 44/2022, de 21 de marzo (ECLI:ES:TC:2022:44); 80/2022, de 27 de junio (ECLI:ES:TC:2022:80). Se puede deducir de ello un mayor rechazo del órgano judicial a efectuar el control en los procedimientos en que sí ha habido desde el inicio un trámite específico para formular oposición, y también quizá motivado porque la sentencia Banco Primus y la sentencia BBVA se referían en realidad a procedimientos en los que no se podía formular oposición en un primer momento por haberse iniciado antes de la reforma de la LEC.

<sup>20</sup> Así, en varias de las sentencias del Tribunal Constitucional se otorga el amparo a pesar de que el control judicial de las cláusulas abusivas se había solicitado tras el decreto de adjudicación. Es el caso no solo de la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31), sino también de las SSTC 30/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:TC:2020:30); 140/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:TC:2020:140); 7/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:7); 8/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:8); 24/2021, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:2021:24); 77/2021, de 19 de abril (ECLI:ES:TC:2021:77); 92/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:92); 101/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:101); 102/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:102); 150/2021, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TC:2021:150); 44/2022, de 21 de marzo (ECLI:ES:TC:2022:44); 80/2022, de 27 de junio (ECLI:ES:TC:2022:80).

<sup>21</sup> No hay que confundir esta sentencia con otra de la misma fecha, dictada en el recurso C-869/19, Unicaja Banco, que da respuesta a otro tipo de cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo.

primero o los segundos quienes se han ajustado más acertadamente a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE dada por el TJUE.

## **V. LA STJUE C-600/19, DE 17 DE MAYO DE 2022**

En la STJUE C-600/19, de 17 de mayo de 2022, se preguntaba específicamente al TJUE sobre la posibilidad de que la cosa juzgada y la preclusión pudieran impedir un control judicial del carácter abusivo de alguna cláusula. Es decir, se trataría de determinar si los argumentos que venían ofreciendo algunos órganos judiciales nacionales pueden limitar de algún modo la protección al consumidor dispensada por la Directiva 93/13/CEE.

Esta cuestión prejudicial se plantea en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado el 30 de diciembre de 2014. El 26 de enero de 2015 se dictó auto ordenando el despacho de la ejecución y se concedió un plazo de diez días para oponerse a la misma, que fue notificado a los ejecutados sin que formularan oposición en plazo. Tras adjudicarse la finca al ejecutante, solicita el pago de las costas y los intereses. Los ejecutados alegan entonces el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios y la cláusula suelo. Seguidamente, el órgano judicial aprecia que la cláusula de vencimiento anticipado puede ser abusiva y concede a las partes un plazo para que aleguen sobre la posible abusividad de las cláusulas del contrato, acordando finalmente el sobreseimiento de la ejecución por abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Pero la Audiencia Provincial revocó el auto entendiendo que ya no cabía examinar el carácter abusivo de las cláusulas porque la garantía hipotecaria se había ejecutado y el derecho de propiedad había sido transmitido. El juzgado dicta auto desestimando la impugnación de los intereses. El auto se recurre en apelación y la Audiencia plantea cuestión prejudicial.

Se pregunta al TJUE si, habiendo examinado de oficio el eventual carácter abusivo de las cláusulas, pero la resolución judicial que despacha la ejecución no contiene ningún motivo, ni siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen, no podrá cuestionarse ya, si no se ha formulado oposición dentro del plazo concedido. Nuevamente, el TJUE parte de considerar la situación de inferioridad del consumidor y el principio de no vinculación del art. 6.1 de la directiva, así como la consolidada jurisprudencia conforme a la cual el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho

y de derecho necesarios para ello. Tiene en cuenta además que el principio de autonomía procesal viene condicionado por los principios de equivalencia y efectividad. Y recuerda que la protección del consumidor no es absoluta, y así, el derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad. Si el juez examinó de oficio si una de las cláusulas podía ser abusiva, pero no lo mencionó expresamente en su resolución, no incluyendo en ella ningún motivo que acreditara la existencia de tal control, no puede considerarse que el consumidor fuera informado del control ni de los motivos en que se basó el tribunal para estimar que las cláusulas no eran abusivas, por lo que no pudo apreciar con pleno conocimiento de causa si procedía interponer un recurso contra dicha resolución. No puede garantizarse un control eficaz del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales si la fuerza de cosa juzgada se extiende también a las resoluciones judiciales que no mencionan tal control. En cambio, sí se garantiza esta protección si el juez nacional indica expresamente en la resolución que despacha la ejecución que ha examinado de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, lo motiva al menos sucintamente, e indica que no ha puesto de manifiesto la existencia de ninguna cláusula abusiva y que, si no formula oposición dentro del plazo establecido en el derecho nacional, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas.

Y concluye que los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una legislación nacional que no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas en la ejecución hipotecaria, ni al consumidor invocar la abusividad cuando al inicio del procedimiento el juez ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de las cláusulas pero no lo motiva, ni siquiera de forma sucinta, ni indica que la apreciación efectuada por el juez tras ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo.

El otro pronunciamiento de esta sentencia es también importante, en cuanto al momento a partir del cual ya no se puede realizar el control de cláusulas abusivas por haber concluido el procedimiento de ejecución. Si el procedimiento de ejecución ha concluido y los derechos de propiedad se han transmitido a un tercero, indica el TJUE, el juez ya no puede realizar este control porque cuestiona la seguridad jurídica de la

transmisión de la propiedad realizada frente a un tercero. Pero el consumidor aún puede reclamar en un procedimiento posterior el perjuicio económico.

En mi opinión, a partir de esta Sentencia de 17 de mayo de 2022, el TJUE dirige un claro mensaje al órgano judicial en relación con el modo en que debe actuar al acordar el despacho de la ejecución si quiere evitar tener que realizar un control de abusividad extemporáneo. En concreto, el juez en su resolución (el auto por el que se despacha la ejecución) debe indicar que no ha puesto de manifiesto la existencia de ninguna cláusula abusiva, es decir, debe contener al menos una referencia sucinta a que no advierte la existencia de cláusulas abusivas, aunque no se deduce que sea necesario desgranarlas una a una, y debe advertir que, si el ejecutado-consumidor no formula oposición dentro del plazo establecido en el derecho nacional, ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas. El órgano judicial que siga estas pautas al acordar el despacho de la ejecución sí podría alegar cosa juzgada al consumidor que no formule oposición en plazo respecto de alguna concreta cláusula del contrato y pretenda en un momento posterior que se realice el control de su posible carácter abusivo.

Sin embargo, si el juez no actúa de este modo al acordar el despacho de la ejecución, viene obligado a realizar el control de cláusulas abusivas que le solicite el consumidor, aun después de haber transcurrido el plazo para formular oposición, siempre que el procedimiento no haya concluido ya con la transmisión del bien.

Y hay que concluir que el órgano judicial que desatienda esta jurisprudencia europea vulneraría también el derecho a la tutela judicial efectiva por selección no razonable de la norma aplicable al proceso en relación con el principio de primacía del derecho de la Unión, por lo que el consumidor podrá impetrar la tutela del Tribunal Constitucional mediante el correspondiente recurso de amparo.

## **VI. REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANTERIOR A LA LUZ DE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

Tras la STJUE C-600/19, de 17 de mayo de 2022, en el asunto Ibercaja Banco, podemos preguntarnos si la jurisprudencia que ha venido dictando el Tribunal Constitucional se ajusta a lo que ha establecido posteriormente el TJUE.

Observamos dos aspectos de interés:

1.- El TJUE da una pauta clara respecto de la obligación de realizar ulteriores controles de cláusulas abusivas transcurrido el plazo para formular oposición. Tal obligación existe para el juez como consecuencia del principio de efectividad del derecho de la UE bajo ciertos presupuestos, porque la protección al consumidor no es absoluta. Si el auto que despacha la ejecución contiene una motivación sucinta respecto de la existencia o no de cláusulas abusivas y advierte a las partes sobre la preclusión para formular oposición, entre otros motivos, por la existencia de cláusulas abusivas, no será posible transcurrido este plazo alegar el posible carácter abusivo de una cláusula porque en este caso lo impedirá el efecto de cosa juzgada del auto que acuerda el despacho de la ejecución. El consumidor ha sido convenientemente advertido sobre que, a juicio del juez, no hay cláusulas abusivas, así como de la posibilidad de formular oposición por este motivo si su criterio es discrepante, existiendo un plazo específico para ello, fuera del cual ya no podrá alegarlo. Bajo tales presupuestos, y si el consumidor en este primer momento no actúa, se produce el efecto de cosa juzgada del auto que acuerda el despacho de la ejecución, lo que constituye un límite a la protección dispensada por la Directiva 93/13/CEE.

Cabe plantearse si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha venido dictando hasta la fecha se ajusta o no al criterio del TJUE. Lo cierto es que, como ya se ha indicado, en algunos pronunciamientos, la descripción de los antecedentes de hecho no es especialmente detallada y minuciosa respecto de estas cuestiones -por ejemplo, qué indicaba expresamente el auto que acordaba el despacho de la ejecución-, lo que dificulta comprobar con claridad este extremo. Tal vez ello se deba a que tampoco el TJUE había sido hasta ahora tan preciso en relación con las cuestiones que detalla en la sentencia C-600/19, de 17 de mayo de 2022 (ECLI:EU:C:2022:394). Parece, en todo caso, que al menos en la mayoría de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional no habría, cuando menos, un choque frontal con la jurisprudencia del TJUE<sup>22</sup>.

2.- Por otra parte, el TJUE considera que no procede el control de abusividad una vez que se ha transmitido la propiedad del bien a un tercero, por la necesidad de proteger la seguridad jurídica en relación con la transmisión de la propiedad. Aunque desde una

---

<sup>22</sup> Algún supuesto puede ofrecer dudas, como la STC 6/2022, de 24 de enero (ECLI:ES:TC:2022:6), pero en todo caso, no se aprecia una abierta contradicción, a falta de datos suficientes sobre los términos en que se llevó a cabo el control de cláusulas abusivas en el incidente de oposición a la ejecución donde, según parece, se examinó el clausulado general pero se desconocen los términos exactos de la motivación de la resolución judicial.

perspectiva de derecho nacional podríamos plantearnos qué momento exacto es el de la transmisión de la propiedad, en mi opinión, tal vez podría situarse este momento a efectos del control de abusividad en el decreto de adjudicación<sup>23</sup>.

Sin embargo, si examinamos las sentencias del TC, en muchas de ellas se concede el amparo cuando el control de cláusulas abusivas se había solicitado tras el decreto de adjudicación, incluso la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31) expresamente reconoce la posibilidad de realizar el control hasta el lanzamiento, lo que entraría en abierta contradicción con el criterio del TJUE si consideramos que la propiedad se transmite antes del lanzamiento. Pero lo cierto es que, cuando en la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31) se admite el control de cláusulas abusivas incluso tras el decreto de adjudicación, lo hace con apoyo en la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60), en el asunto Banco Primus. ¿Acaso el TJUE ha entrado ahora en contradicción con su pronunciamiento anterior?

A mi modo de ver, el problema puede venir aquí por un exceso interpretativo. No corresponde al TJUE interpretar el derecho nacional, sino que se limita a considerar el derecho nacional tal y como se lo aportan las partes en la cuestión prejudicial, siendo el juez nacional quien interpreta y aplica el derecho nacional<sup>24</sup>. En la sentencia Banco Primus se discutió a efectos de la admisibilidad de la cuestión prejudicial si tenía sentido admitirla porque el Gobierno sostenía que el procedimiento había concluido. Y razona el TJUE que, a la luz de la legislación nacional, el procedimiento de ejecución hipotecaria de que se trata no ha concluido porque la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 alcanza “a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente”. Efectivamente, el TJUE no indica cuándo termina el procedimiento de ejecución porque es derecho nacional, y ocurre que conforme a la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, era posible promover el incidente

---

<sup>23</sup> Podría discutirse, y de hecho es una cuestión que da lugar a abundante literatura jurídica y que no recibe un tratamiento absolutamente unánime en la jurisprudencia, si el momento exacto a partir del cual no cabe examinar el carácter abusivo de las cláusulas por haberse transmitido el bien a un tercero es el decreto de adjudicación o la inscripción en el Registro de la Propiedad, u otro momento. Esto, no obstante, es una cuestión de derecho nacional y no de derecho de la UE, y el TJUE no podría determinarlo. A mi modo de ver, por razones de seguridad jurídica y uniformidad en el tratamiento de la cuestión en todos los procedimientos de ejecución hipotecaria, el momento límite debería situarse en el decreto de adjudicación que es cuando, procesalmente, el procedimiento de ejecución ha cumplido su fin de realización del bien, sin perjuicio de los trámites procesales y registrales posteriores.

<sup>24</sup> Párrafo 29 de la sentencia C-421/14, de 26 de enero de 2017, (ECLI:EU:C:2017:60), en el asunto Banco Primus

extraordinario de oposición a la ejecución hasta la puesta en posesión del inmueble al adquirente. Esto es un pronunciamiento muy concreto sobre un caso concreto.

Desde mi punto de vista, hay que entender que el control de abusividad en procedimientos anteriores a la reforma de 2013 sería posible hasta el lanzamiento porque el legislador, con mayor o menor atino, ha permitido hasta ese momento que se promueva el incidente extraordinario de oposición a la ejecución alegando cláusulas abusivas. Fuera de estos procedimientos, para aquellos tramitados con posterioridad a la reforma de 2013, el procedimiento concluye cuando normalmente se viene entendiendo que termina conforme a las normas nacionales, y por ello, para estos procedimientos, y con apoyo además en la STJUE C-600/19, de 17 de mayo de 2022 (ECLI:EU:C:2022:394), debería entenderse que no cabe solicitar un control de abusividad con posterioridad a este momento.

Este entendimiento de las cosas, de tenerse por bueno, permitiría salvar la aparente contradicción entre la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60), en el asunto Banco Primus, y la STJUE, C-600/19, de 17 de mayo de 2022 (ECLI:EU:C:2022:394), pero debería llevar, tal vez, a rectificar en algún punto la jurisprudencia constitucional porque, si observamos los supuestos planteados, en muchos de ellos el control de abusividad se había solicitado tras el decreto de adjudicación en procedimientos que, por haberse iniciado con posterioridad a la reforma de 2013, no quedaban sometidos al régimen transitorio de la Ley 1/2013.

## **VII. ¿ALGO HA CAMBIADO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TRAS EL ÚLTIMO PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE?**

Tras el dictado de esta Sentencia del TJUE, y hasta el momento de escribir estas líneas, el TC tan solo ha dictado tres sentencias sobre la materia, la STC 80/2022, de 27 de junio de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:80); la STC 123/2022, de 10 de octubre (ECLI:ES:TC:2022:123) y la STC 141/2002, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TC:2022:141).

En la STC 80/2022, de 27 de junio de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:80), la ejecución hipotecaria se inició en 2010. Tras la reforma de 2013, y a la vista de la posible nulidad de la cláusula de interés de demora, el juez concedió un plazo a las partes para que

formulasen alegaciones, y se declara que la cláusula no es abusiva. Tras la adjudicación del bien al ejecutante en junio 2016, en enero de 2017, los ejecutados presentan un escrito promoviendo incidente extraordinario de oposición a la ejecución por el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado. Se deniega su tramitación por considerar el órgano judicial que la ejecución ha terminado con el decreto de adjudicación. Recurren esta decisión los ejecutados por entender que la sentencia C-421/14, de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60), en el asunto Banco Primus, permitía el control del carácter abusivo de las cláusulas hasta la puesta a disposición del inmueble al adquirente. El recurso se desestima y, tras un ulterior intento, finalmente plantean recurso de amparo. La STC concede el amparo, y resuelve fundamentalmente con apoyo en la STJUE dictada en el asunto Banco Primus, aunque hace una mención final a la última sentencia del TJUE sobre la materia, la Sentencia C-600/19, de 17 de mayo de 2022, en relación con el límite al control judicial de cláusulas abusivas en el momento en que haya terminado el procedimiento. Esta referencia, a mi juicio, ofrece dudas interpretativas porque se limita a reproducir el texto de la sentencia sin precisar de qué manera incide o puede incidir sobre la jurisprudencia constitucional.

En la STC 123/2022, de 10 de octubre (ECLI:ES:TC:2022:123), el procedimiento de ejecución hipotecaria se inició en 2012, y después de realizarse la subasta en 2014, se aprecia de oficio el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora. En 2015, se dicta el decreto de adjudicación, y en 2017 el consumidor solicita el control de abusividad de determinadas cláusulas del contrato, lo cual, tras una serie de trámites procesales, finalmente se deniega por considerar que no concurren los requisitos legales para tramitar el incidente extraordinario de oposición a la ejecución previsto en la disposición transitoria tercera de la LCCI. En este caso, el Tribunal Constitucional resuelve también con apoyo en la sentencia 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31) y la jurisprudencia establecida en la STJUE Banco Primus, y formula una referencia final a la STJUE de 17 de mayo de 2022 en el sentido de que las resoluciones judiciales deben contener una motivación suficiente sobre el carácter abusivo o no de las cláusulas para que pueda tener el efecto de cosa juzgada.

Por último, en la STC 141/2022, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TC:2022:141), el ejecutado formuló oposición a la ejecución en plazo alegando el carácter abusivo de algunas cláusulas del contrato, pero el órgano judicial solo apreció el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios mediante auto de 10 de febrero de 2016. En un

momento posterior del procedimiento, en fecha 6 de abril de 2021 se presentó recurso de reposición alegando que no se habían analizado de oficio todas las cláusulas abusivas, y con invocación expresa de la STC 31/2019, de 28 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:31). Pero el recurso se desestimó por auto de 3 de julio de 2021 al considerar que el auto de 10 de febrero de 2016 ya resolvió la cuestión y devino firme, con efecto de cosa juzgada. El TC concedió el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de primacía del derecho de la UE porque, conforme a la jurisprudencia del TJUE, solo cabría proyectar el efecto de cosa juzgada sobre aquellas cláusulas del contrato que habían sido objeto de un pronunciamiento firme, pero no sobre el resto de cláusulas contractuales invocadas con posterioridad y respecto de las que no había existido un control judicial en relación con su eventual carácter abusivo.

Desde mi punto de vista, falta todavía una reflexión suficiente en la jurisprudencia constitucional sobre las implicaciones del último pronunciamiento del TJUE en el tema que nos ocupa. En relación con la preclusión y la cosa juzgada como límite al control de abusividad, parece que las referencias a la motivación que contiene la STC 123/2022, de 10 de octubre (ECLI:ES:TC:2022:123), podrían apuntar a la asunción por parte del Tribunal Constitucional del criterio del TJUE. Este criterio no parece distinto del que ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional, pero, como hemos visto, se desarrolla y clarifica en la última sentencia del TJUE.

Especialmente clara resulta la STC 141/2022, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TC:2022:141) en relación con la limitación del efecto de cosa juzgada a aquellas cláusulas que hayan sido objeto de un control judicial respecto de su posible carácter abusivo, excluyendo tal efecto respecto del resto de cláusulas del contrato.

Pero lo que, quizá, no se ha resuelto aún con claridad es el límite al control de abusividad por haber terminado el procedimiento de ejecución hipotecaria, por haberse transmitido la propiedad del bien. El pronunciamiento de la STC 80/2022, de 27 de junio de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:80), es poco clarificador en mi opinión, y sería deseable que el Tribunal Constitucional, en sentencias posteriores, precisara o matizara su postura. La cuestión relativa al momento en que se produce la transmisión del bien en los procedimientos de ejecución es una cuestión no exenta de polémica y de disparidad de

opiniones doctrinales y jurisprudenciales que excede del objeto de este estudio<sup>25</sup>. En todo caso, parece que las discusiones se mueven en torno a si es con la aprobación del remate y el decreto de adjudicación, o con la expedición del testimonio del decreto que permite la inscripción en el Registro de la Propiedad cuando se produciría el efecto transmisivo. No es necesario el lanzamiento y la entrega de la posesión material (que, con las normas protectoras de las situaciones de especial vulnerabilidad, se puede alargar varios años), como, sin embargo, parece que se ha venido entendiendo en algunas sentencias del TC dictadas en el ámbito del control judicial de las cláusulas abusivas en procedimientos de ejecución<sup>26</sup>. Y en este sentido, debe tenerse en cuenta que ni el TJUE ni el TC son los competentes para determinar cuándo se transmite la propiedad en los procedimientos de ejecución, por ser esta una cuestión de legalidad ordinaria del derecho nacional. La función jurisdiccional de estos tribunales se proyecta en otro ámbito. Una vez transmitida la propiedad, al consumidor solo le queda la opción, según reconoce el TJUE, de reclamar el perjuicio económico en otro procedimiento, pero no cabe ya realizar el control judicial de la abusividad dentro del procedimiento de ejecución. En todo caso, y por lo que se refiere a la STC 80/2022, de 27 de junio de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:80), dado que se refiere a una ejecución iniciada antes de la reforma de la LEC por la Ley 1/2013, podría admitirse un control de abusividad hasta la entrega del bien por aplicación, precisamente, de los particulares términos en que se pronunció el régimen transitorio de la Ley 1/2013 y que son los que, con independencia del momento en que se transmita el bien, justificaron los razonamientos de la sentencia Banco Primus. Por tanto, en el caso concreto, el amparo concedido al recurrente no admitiría críticas, porque parece que se ajustaría a lo que sostiene el TJUE para supuestos como el aquí enjuiciado.

## VIII. REFLEXIÓN FINAL

---

<sup>25</sup> Entre los estudios más recientes, recogiendo las diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, puede citarse el trabajo de Gómez Linacero y Campo Candelas (2021: 3443-3495).

<sup>26</sup> Por ejemplo, la STC 24/2021, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:2021:24), en que el decreto de adjudicación se dictó el 15 de junio de 2018 y por escrito presentado el 17 de mayo de 2019 se alegó la falta de control judicial de cláusulas abusivas; la STC 92/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:92), donde el decreto de adjudicación se dictó el 3 de abril de 2018, planteándose posteriormente recurso de revisión en el que se solicita la declaración de nulidad por abusiva de determinadas cláusulas del contrato; la STC 101/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:101), en el que el decreto de adjudicación se dictó el 4 de noviembre de 2015 y la revisión del carácter abusivo de las cláusulas contractuales se solicitó por escrito presentado el 11 de octubre de 2019.

A la vista de la última jurisprudencia del TJUE, puede considerarse que la jurisprudencia constitucional sobre control judicial de cláusulas abusivas podría matizarse en relación con el momento final a partir del cual ya no es posible realizar este control por haberse transmitido la propiedad del bien. No obstante, y a pesar de ello, en mi opinión esta jurisprudencia merece, en términos generales, una valoración positiva, porque ha contribuido notablemente a conseguir que la jurisprudencia del TJUE se haga efectiva ante los órganos judiciales nacionales. En definitiva, ha procurado la tutela judicial efectiva del consumidor en aquellos casos en que debe quedar amparado por la Directiva 93/13/CEE en los procedimientos de ejecución frente a unas inercias procesales que, enraizadas en un modelo muy anterior a la directiva, no eran sensibles a la especial protección que dispensa el derecho europeo al consumidor por su especial situación de inferioridad, en términos que llevan a trastocar los planteamientos procesales tradicionales -sin perjuicio de la opinión que, a cada uno, pueda merecer este tipo de cambios en materia procesal-.

Como hemos visto, solo tras la STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31), algunos órganos judiciales comenzaron a extremar el celo en el control de cláusulas abusivas en la fase inicial del procedimiento de ejecución, desarrollando esta cuestión con cierta atención en el auto que despacha la ejecución. En mi opinión, este cambio de actitud puede haber venido motivado al menos en parte por la jurisprudencia constitucional.

En todo caso, los posibles excesos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional creo que podrían encontrar su explicación en el enfoque que se ha venido dando a la cuestión, al encauzarse la vulneración a través de la selección no razonable de la norma aplicable al proceso en relación con el principio de primacía del derecho de la UE. Tal enfoque entraña ciertos riesgos porque obliga al Tribunal Constitucional a realizar una labor interpretativa de la jurisprudencia del TJUE que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, puede ser más o menos acertada. Hay que recordar que la jurisprudencia del TJUE es vinculante en el procedimiento en el que se planteó la cuestión prejudicial y en supuestos idénticos a los que han motivado la sentencia del TJUE. En supuestos similares, pero no idénticos, la respuesta del TJUE puede ser distinta, y por eso su jurisprudencia no es necesariamente vinculante. Así, podemos comprobar que la respuesta que da en la Sentencia C-421/14, de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60) en el asunto Banco Primus y en la Sentencia C-600/19, de 17 de mayo de 2022

(ECLI:EU:C:2022:394) en el asunto Ibercaja Banco, acerca del momento a partir del cual ya no cabe el control de abusividad es distinta, tratándose en un caso de un procedimiento al que se aplicaba el régimen transitorio de la Ley 1/2013 y en el otro caso, de un procedimiento no sujeto a tal régimen.

Por ello, quizá, pudiera ser más conveniente otro enfoque de este tipo de problemas que, si bien se apunta genéricamente en la jurisprudencia constitucional, no se ha desarrollado en este ámbito concreto. Sentencias como la STC 232/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TC:2015:232) admiten dos tipos de controles por parte del TC en relación con el principio de primacía del derecho de la UE: 1) por una parte, en relación con el derecho a una resolución motivada, que no alcanza al acierto judicial y que es donde a mi modo de ver deberían ubicarse todos los pronunciamientos realizados hasta el momento sobre la materia; y 2) por otra parte, como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías, los casos en que no se haya planteado cuestión prejudicial cuando había obligación de hacerlo. Como sabemos, como regla general, el planteamiento de la cuestión prejudicial es voluntario para el juez, pero tiene la obligación de hacerlo cuando la resolución del órgano judicial no admita recurso. Aun en este caso, no hay obligación de plantear la cuestión prejudicial si ya hay un pronunciamiento del TJUE sobre una cuestión materialmente idéntica o cuando la aplicación del derecho de la UE no ofrezca duda razonable, según se viene entendiendo desde la STJUE C-77/83, de 29 de febrero de 1984 (ECLI:EU:C:1984:91) en el asunto Cilfit. Para supuestos que no fueran idénticos a la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60), en el asunto Banco Primus, quizá la solución pudiera haber venido dada por esta vía, es decir, la necesidad de plantear una cuestión prejudicial para que fuera el TJUE quien delimitara la cuestión en lugar de que fuera el TC quien, interpretando la jurisprudencia del TJUE para un supuesto no idéntico al que motivó su pronunciamiento, determinara que debió aplicarse esta jurisprudencia y, al no hacerlo, se actuó en contra del principio de primacía del derecho de la UE y se vulneró también el art. 24.1 CE. Pero este cambio de enfoque no depende del Tribunal Constitucional, sino del modo en que se planteen las demandas de amparo.

### ***Bibliografía***

AGUILAR CALAHORRO, A. (2014), «La reciente jurisprudencia supranacional en materia de vivienda. (La eficacia de la Directiva 93/13/CE y la tutela de los

derechos de los ciudadanos por el TJ)», *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal* (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M., Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 509-552).

ÁLVAREZ OLALLA, P. (2018), «Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución judicial contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor», *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 32 (pp. 95-132).  
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/38400alvarez-olalla.html>

ARROYO JIMÉNEZ, L. (2014), «La aplicación judicial del derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva. Una propuesta de sistematización», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102 (pp. 293-316).  
<https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39707>

BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. (2016), «El procedimiento de ejecución hipotecaria y su adecuación a la normativa europea en materia de protección a los consumidores por cláusulas abusivas. Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia», *Revista General de Derecho*, núm. 39 (pp. 1-30).

CARMONA CONTRERAS, A.M. (2017), «La construcción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un standard común de protección de derechos de consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39 (pp. 307-332).

GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M.J. (2020): «La sentencia de 28 de febrero de 2019 del Tribunal Constitucional: preclusión procesal, cosa juzgada y derecho de propiedad en la declaración de abusividad de una cláusula contractual», *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 37 (pp. 343-380).  
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/3921904garcia-valdecasas-dorrego.html>

GÓMEZ LINACERO, A. y CAMPO CANDELAS, J. (2021), «La adquisición de la propiedad en la subasta judicial: momento de transmisión y revisión crítica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788 (pp. 3443-3495).

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2020), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid (10ª edic.).

RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. (2013), *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores*, Tecnos, Madrid.

### **Relación jurisprudencial**

*Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

STJUE de 6 de octubre de 1982 (*Srl. Cilfit vs. Ministero della Sanità*, asunto C-283/81) (ECLI:EU:C:1982:335)

STJUE de 14 de marzo de 2013 (*Aziz*, asunto C-415/11) (ECLI:EU:C:2013:164)

Sentencia C-8/14, de 29 de octubre de 2015 (BBVA S.A. vs. Pedro Peñalva López y otros (ECLI:EU:C:2015:731)

STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*F. Gutiérrez Naranjo vs. Cajasur Banco SAU; A. M<sup>a</sup> Palacios Martínez vs. BBVA, S.A.; Banco Popular Español, S.A. vs. E. Irles López y T. Torres Andreu*; asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) (ECLI:EU:C:2016:980)

STJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus, S.A. vs. J. Gutiérrez García*, asunto C-421/14) (ECLI:EU:C:2017:60)

STJUE de 17 de mayo de 2022 (*MA vs. Ibercaja Banco, S.A.*; asunto C-600/19) (ECLI:EU:C:2022:394)

*Tribunal Constitucional*

STC 28/1991, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:1991:28)

STC 145/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:145)

STC 232/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TC:2015:232)

STC 75/2017, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2017:75)

STC 31/2019, de 28 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:31)

STC 30/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:TC:2020:30)

STC 48/2020, de 15 de junio (ECLI:ES:TC:2020:48)

STC 140/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:TC:2020:140)

STC 7/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:7)

STC 8/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:8)

STC 12/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:12)

STC 24/2021, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:2021:24)

STC 50/2021, de 3 de marzo (ECLI:ES:TC:2021:50)

STC 77/2021, de 19 de abril (ECLI:ES:TC:2021:77)

STC 80/2022, de 27 de junio de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:80)

STC 92/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:92)

STC 101/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:101)

STC 102/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:102)

STC 150/2021, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TC:2021:150)

STC 154/2021, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TC:2021:154)

STC 6/2022, de 24 de enero (ECLI:ES:TC:2022:6)

STC 9/2022, de 7 de febrero (ECLI:ES:TC:2022:9)

STC 44/2022, de 21 de marzo (ECLI:ES:TC:2022:44)

STC 61/2022, de 9 de mayo (ECLI:ES:TC:2022:61)

STC 80/2022, de 27 de junio (ECLI:ES:TC:2022:80)

STC 123/2022, de 10 de octubre (ECLI:ES:TC:2022:123)

**LA NUEVA DIRECTIVA 2021/2118, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2021, DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE VEHÍCULOS AUTOMÓVILES Y SU REPERCUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

*The new Directive 2021/2118 of 24 November 2021 on liability insurance for motor vehicles and its impact on the Spanish Law*

MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO

[mjmj@der-pr.uc3m.es](mailto:mjmj@der-pr.uc3m.es)

Catedrática de Derecho Mercantil  
Universidad Carlos III - Madrid

***Cómo citar / Citation***

Morillas Jarillo, M<sup>a</sup>. J. (2023).

La nueva Directiva 2021/2118, de 24 de noviembre de 2021, del seguro de responsabilidad civil de vehículos automóviles

*Cuadernos de Derecho Privado*, 5, pp. 100-142

....."F QKj wr u<lf qkoti B208437: lef r 5; "  
(Recepción: 16/01/2023; aceptación tras revisión: 20/04/2023; publicación: 28/04/2023)

***Resumen***

La construcción del Derecho europeo del seguro de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles es una tarea paulatina en la que la Directiva (UE) 2021/2118 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2021, representa una nueva etapa hacia el objetivo de conseguir un elevado grado de protección de los perjudicados, en particular, en situaciones transfronterizas. Como en las Directivas anteriores, en ésta se perfeccionan aspectos ya contemplados, como la definición de vehículo de motor, a la vez que se regulan otros de forma novedosa, como el concepto de circulación del vehículo. La repercusión de la nueva Directiva en el Ordenamiento español es grande pues, aunque hay algún aspecto en el que nuestra legislación está ya alineada con la nueva regulación, la mayoría de sus preceptos harán necesaria la adaptación. En todo caso, es una oportunidad para que el legislador español adopte decisiones reflexivas de calado en temas actuales muy debatidos.

***Palabras clave***

Seguro obligatorio de responsabilidad civil, circulación de vehículos a motor, adaptación del Derecho español.

***Abstract***

*The construction of the European Law of civil liability insurance derived from the circulation of motor vehicles is a gradual task in which Directive (EU) 2021/2118 of the European Parliament and of the Council, of 24 November 2021, represents a new stage on the way to the objective of achieving a high degree of protection of the injured parties, in particular, in cross-border situations. As in the previous Directives, this one improves aspects already considered, such as the definition of motor vehicle, while regulating others in a novel way, such as the concept of vehicle circulation. The repercussion of the*

*new Directive in our Law is great because, although there are some aspects in which our legislation is already aligned with the new regulation, most of its precepts will require adaptation. In any case, it is an opportunity for the Spanish legislator to adopt important thoughtful decisions on highly debated current issues.*

### **Keywords**

*Motor vehicles compulsory liability insurance; impact on the Spanish law.*

### **SUMARIO:**

---

I. INTRODUCCIÓN: EL SEGURO OBLIGATORIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS AUTOMÓVILES. II. LA DIRECTIVA (UE) 2021/2118, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2021. II.1. Antecedentes. II.2. Principales novedades. II.2.1. Cambio en la terminología: perjudicado en lugar de víctima. II.2.1. Concepto de perjudicado. II.2.3. Valoración de esta modificación. II.3. Los importes mínimos de la cobertura. II.4. La modificación del concepto de vehículo de motor. II.4.1. Su repercusión en cuanto a los vehículos de movilidad personal y los vehículos autónomos. II.4.2. La cuestión de los remolques. II.4. La introducción del concepto de circulación del vehículo. II.5. Los daños dolosos. II.6. La protección de los perjudicados en caso de insolvencia de la aseguradora. III. OTRAS NORMAS Y UN POSIBLE TEMA FUTURO. III.1. Los controles del seguro y la protección de datos. III.2. Los certificados de antecedentes siniestros. III.3. Los comparadores de seguros. III.4. El posible tema futuro. IV. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

---

## **I. INTRODUCCIÓN: EL SEGURO OBLIGATORIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS AUTOMÓVILES**

Paradigma de los seguros de responsabilidad civil llamados habitualmente obligatorios, el seguro que proporciona cobertura al asegurado por los daños corporales y materiales causados a terceros con ocasión de la circulación del vehículo de motor contemplado en la póliza, de los que sea responsable conforme a derecho, tiene una indudable importancia tanto teórica como práctica. Según la patronal española del seguro (UNESPA), el número de vehículos asegurados a finales de 2022 era de 32.906.794, cifra extraída del Fichero Informativo de Vehículos Asegurados (FIVA)<sup>1</sup>. De acuerdo con los datos de la Dirección General de Tráfico, durante 2022, 1.145 personas fallecieron en 1.042 accidentes de tráfico mortales<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> <https://www.unespa.es/notasdeprensa/vehiculos-asegurados-diciembre-2022/>. Consultado el 15.2.2023.

<sup>2</sup> <https://www.dgt.es/comunicacion/notas-de-prensa/1.145-personas-fallecieron-en-siniestros-de-trafico-durante-2022/>. Consultado el 15.2.2023.

Aunque con frecuencia esté incardinado en la póliza multirriesgo del seguro del automóvil (compartiendo espacio con el seguro voluntario de responsabilidad civil, el de daños propios, la asistencia en viaje, el seguro de accidentes del conductor o el seguro de lucro cesante), mantiene su sustantividad propia, derivada del hecho de que la cobertura se ha de ajustar a lo que, de forma imperativa, establecen el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre<sup>3</sup> y el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto 1597/2008, de 12 de septiembre<sup>4</sup>. Mientras que la Ley regula tanto la responsabilidad civil como el seguro, el Reglamento sólo se ocupa de las cuestiones relacionadas con este último. Esta disciplina se completa con disposiciones contenidas en las normas de ordenación, supervisión y solvencia<sup>5</sup>, en el Estatuto del Consorcio de Compensación de Seguros<sup>6</sup>, en la regulación del funcionamiento de la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles<sup>7</sup>, así como en la ley general del seguro terrestre, la Ley de Contrato de Seguro<sup>8</sup>.

Desde nuestra incorporación a la hoy Unión Europea (UE), la legislación española, en lo que a este seguro obligatorio respecta, ha tenido que adaptarse a las Directivas anteriores y deberá hacerlo a la nueva Directiva (UE) 2021/2118 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2021, por la que se modifica la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta

---

<sup>3</sup> BOE nº 267, de 5 de noviembre de 2004. En adelante, LRCSCVM.

<sup>4</sup> BOE nº 222, de 13 de septiembre de 2008. En adelante, RSOA.

<sup>5</sup> Artículos 6.13, 11, 53, 54 y 58 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (BOE nº 168, de 15 de julio de 2015) -en adelante, LOSSEAR-; y artículos 25, 26, 28.1, 29.1, 36.1, 41 y 123.2 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (BOE nº 288, de 2 de diciembre de 2015).

<sup>6</sup> Artículo 11 del texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros (en adelante, ECCS), aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre (BOE nº 267, de 5 de noviembre de 2004).

<sup>7</sup> Orden EIC/764/2017, de 26 de julio, por la que se dictan las normas relativas al funcionamiento de la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles (BOE nº 185, de 4 de agosto de 2017). Esta Oficina (en adelante, OFESAUTO) es la pieza clave en nuestro país del Acuerdo del Consejo de Oficinas Nacionales (*Council of Bureaux*, CoB) y del Sistema del Certificado Internacional de Seguro (CIS, antes llamado «carta verde») fruto del mismo, nacido para facilitar la circulación de vehículos a través de las fronteras de los Estados adheridos y prestar protección a las víctimas de accidentes de circulación causados por vehículos extranjeros.

<sup>8</sup> Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE nº 250, de 17 de octubre de 1980). En adelante, LCS.

responsabilidad<sup>9</sup>. Al análisis de su repercusión en el Ordenamiento español dedicamos las páginas siguientes.

## **II. LA DIRECTIVA (UE) 2021/2118, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2021**

### **II.1. Antecedentes**

La armonización del Derecho de seguros a nivel europeo es muy intensa en el régimen de ordenación, supervisión y solvencia, pero escasa en el Derecho privado del seguro. La excepción la constituye el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles (en adelante, SOA), en el que la labor del legislador europeo ha sido continua, con cinco Directivas, más una de refundición, a la que se suma la nueva Directiva de 2021.

Varias son las razones que explican el interés de las instituciones europeas por la regulación armonizada de este seguro, según revelan algunos considerandos de dichas Directivas y tal como ha afirmado de manera reiterada el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Por un lado, la especial importancia que tiene este seguro para los ciudadanos europeos, ya como titulares de una póliza, ya como posibles perjudicados como consecuencia de un accidente de circulación; en segundo lugar, por su interés para el mercado y para las aseguradoras europeas; y, por último, por su significativa incidencia en la libre circulación de personas, mercancías y vehículos y, por ende, en el mercado interior, siendo así, además, que el fortalecimiento y consolidación del mercado interior de seguros de vehículos automóviles es una parte fundamental de la actuación de la Unión Europea en el sector de los servicios financieros. Puesto el foco en este seguro, dos son los objetivos fundamentales de la regulación armonizada: garantizar la libre circulación, tanto de los vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de la Unión Europea (y, más ampliamente, del Espacio Económico Europeo, EEE) como de los ocupantes de dichos vehículos; y conseguir que quienes resulten perjudicados en accidentes causados por estos vehículos reciban un trato comparable, sea cual fuere el lugar de la UE o del EEE en el que haya ocurrido el accidente.

La consecución de estas finalidades se ha ido construyendo de forma paulatina, sobre la base de seis Directivas, cuyos aspectos principales resumimos a continuación<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> DOUE n° L 430, de 2 de diciembre de 2021.

<sup>10</sup> Sobre las Directivas, con más detalle, REGLERO CAMPOS (2018: 71-191).

La Directiva 72/166/CEE, de 24 de abril de 1972<sup>11</sup>, sentó las bases de la libertad de circulación de vehículos y personas, instaurando el deber de aseguramiento de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles<sup>12</sup>, pero dejó los pormenores del seguro al Estado de estacionamiento del vehículo, con lo que éste era libre para concretar su contenido y las excepciones a la obligatoriedad. El seguro, eso sí, debía proporcionar cobertura a los daños causados en el territorio de otros Estados miembros según las legislaciones en vigor en esos Estados. Sobre la base de la presunción del cumplimiento de dicho deber, se suprimieron los controles del seguro en las fronteras para los vehículos con estacionamiento habitual en o procedentes de otro Estado miembro.

Poco más de una década después, se publicó la Segunda Directiva 84/5/CEE, de 30 de diciembre de 1983<sup>13</sup>. El legislador europeo había constatado las divergencias entre los seguros obligatorios de los Estados miembros, por lo que perfiló algunos aspectos de su contenido de forma imperativa: debía cubrir tanto los daños materiales como los corporales y proporcionar cobertura a los daños corporales de los miembros de la familia del asegurado, del conductor o de cualquier otra persona cuya responsabilidad civil estuviese comprometida en el siniestro; y fijó cuantías mínimas de aseguramiento obligatorio. Además, consagró la inoponibilidad a las víctimas de determinadas cláusulas de exclusión previstas por vía legal o contractual: conducción sin carnet, incumplimiento de medidas de seguridad del vehículo y conducción sin autorización, salvo que la víctima conociera esta última circunstancia. Finalmente, estableció la obligación de crear un organismo de garantía para reparar los daños causados por los vehículos no identificados o no asegurados, al que los Estados podían encomendar la reparación de los daños causados por vehículos robados<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (*DOCE* n° L 103, de 2 de mayo de 1972). Nos referiremos a ella de forma abreviada como Primera Directiva.

<sup>12</sup> En España, diez años antes, el deber de aseguramiento ya se había establecido por el artículo 40 de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor (*BOE* n° 310, de 27 de diciembre de 1962).

<sup>13</sup> Segunda Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles (*DOCE* n° L 8, de 11 de enero de 1984).

<sup>14</sup> El organismo designado a estos tres efectos en España es el Consorcio de Compensación de Seguros (en adelante, CCS), según el artículo 11.1, a) y b) LRCSCVM.

La Tercera Directiva 90/232/CEE, de 14 de mayo de 1990<sup>15</sup>, profundiza en la armonización del contenido del seguro, al establecer que cada póliza, mediante una prima única, debe ofrecer en cada uno de los Estados miembros la cobertura exigida por su legislación o la exigida por la legislación del Estado miembro donde el vehículo tenga su estacionamiento habitual, cuando esta última sea superior. Aclara que la cobertura del seguro debe comprender los daños corporales de todos los pasajeros distintos del conductor. Consagra el derecho de información de las víctimas y prohíbe al organismo de garantía, en lo que respecta a la indemnización de las de vehículos no asegurados, exigir que éstas demuestren que el responsable no puede pagar o se niega a hacerlo. Por último, dispone que cada Estado debe determinar quién, en caso de controversia entre la aseguradora y el organismo de garantía, debe indemnizar a la víctima<sup>16</sup>.

La Cuarta Directiva 2000/26/CE, de 16 de mayo de 2000<sup>17</sup>, introduce el derecho de acción directa de los perjudicados contra la compañía de seguros que cubre la responsabilidad civil<sup>18</sup> y establece la necesidad de que la aseguradora presente una oferta motivada de indemnización, con sanciones en caso de incumplimiento. Esta Directiva incrementa la protección de las víctimas de siniestros con elemento extranjero, ya que las entidades aseguradoras deben nombrar representantes para la tramitación y liquidación de siniestros en los demás Estados miembros<sup>19</sup>. A su vez, los Estados miembros deben designar un organismo de indemnización para estos siniestros<sup>20</sup> y un organismo de información a las víctimas que proporcione datos de la aseguradora del responsable, de su representante, del propietario del vehículo, etc.<sup>21</sup>

Aunque carente de ordinal, ocupa el quinto lugar la Directiva 2005/14/CE, de 11 de mayo de 2005<sup>22</sup>. Aborda los problemas de los vehículos sin matrícula, con placas

---

<sup>15</sup> Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (*DOCE* n° L 129, de 19 de mayo de 1990).

<sup>16</sup> En España, responde en caso de controversia el CCS, según establece el artículo 11.1, d) LRCSCVM.

<sup>17</sup> Cuarta Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo (*DOCE* n° L 181, de 20 de julio de 2000).

<sup>18</sup> En nuestro Ordenamiento este derecho estaba ya reconocido en el artículo 42 de la antes citada la Ley 122/1962, de 24 de diciembre.

<sup>19</sup> El artículo 58.1 LOSSEAR establece que las aseguradoras de automóviles domiciliadas en otro Estado miembro deben designar un representante en España.

<sup>20</sup> En España, según el artículo 26 LRCSCVM, este organismo es OFESAUTO.

<sup>21</sup> Este organismo es, nuevamente en nuestro país, el CCS, según dispone el artículo 11.2 LRCSCVM.

<sup>22</sup> Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de

provisionales, placas falsas o ilegales. Eleva las cuantías mínimas de cobertura y prevé su revisión periódica, con la prohibición de oponer a los perjudicados la existencia de franquicias. Prohíbe invocar frente a los ocupantes las cláusulas de exclusión de la cobertura del seguro, presentes en la legislación o en la póliza, por conducción bajo los efectos del alcohol o de sustancias tóxicas. Extiende el ámbito de intervención del organismo de garantía a los daños corporales y materiales sufridos por peatones, ciclistas y otros usuarios no motorizados de las vías públicas y perfila las condiciones para la indemnización por este organismo de los daños materiales causados por vehículos no identificados, con posibilidad de franquicia, pero elimina ésta en la reparación de los daños materiales causados por vehículos no asegurados. Y, por último, establece el derecho del conductor a obtener certificados de siniestralidad.

La Directiva 2009/103/CE, de 16 de septiembre de 2009<sup>23</sup>, deroga las cinco Directivas anteriores, refunde todos los cambios y reordena y sistematiza los contenidos, estructurándolos en capítulos con rúbrica, dentro de los cuales los preceptos siempre cuentan con título. Y es en este punto en el que se publica la Directiva 2021/2118, que concede a los Estados miembros hasta el 23 de diciembre de 2023 para dar cumplimiento a lo en ella establecido, con una excepción: este plazo se acorta hasta el 23 de junio de 2023 en lo relativo a los nuevos arts. 10 *bis* y 25 *bis*, reguladores de la protección de los perjudicados en caso de insolvencia de la entidad aseguradora del responsable, en relación con los daños que se hayan producido, respectivamente, en su Estado miembro de residencia o en un Estado miembro que no sea el de su residencia.

Hasta hoy, todas estas Directivas han sido objeto de interpretación por el TJUE al hilo de numerosas cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales de los Estados miembros en cumplimiento de su deber de interpretación del Derecho nacional de conformidad con ellas. Respecto a la nueva Directiva 2021/2118, se señala que ha creado muchas más preguntas que respuestas a las planteadas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y se vaticina incluso que requerirá una revisión mediante una séptima Directiva<sup>24</sup>.

---

la circulación de vehículos automóviles (DOUE n° L 149, de 11 de junio de 2005). Nos referiremos a ella como Quinta Directiva.

<sup>23</sup> Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (versión codificada) (DOUE n° L 263, de 7 de octubre de 2009).

<sup>24</sup> MARSON, J. y FERRIS, K. (2022: 789 y 790).

## II.2. Principales novedades

### II.2.1. Cambio en la terminología: perjudicado en lugar de víctima

Mientras que la Primera Directiva, en el catálogo de definiciones de su artículo 1.2, conceptuaba la «persona damnificada» como «toda persona que tiene derecho a la reparación del daño causado por un vehículo», la Segunda y la Tercera Directivas no mencionaban a la «persona damnificada», sino que utilizaban el término «víctima», que no definían. Es la Cuarta Directiva (art. 2, d) la que por vez primera empleó el término «perjudicado», definido como «toda persona damnificada con arreglo a lo definido en el punto 2 del artículo 1 de la Directiva 72/166/CEE»; y sólo aparece en ella la palabra «víctima» al reproducir el nombre de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de octubre de 1995<sup>25</sup>. Por el contrario, la Quinta Directiva se refería profusamente a la «víctima», mientras que sólo una vez, en su art. 6.2, aludía al «perjudicado». Finalmente, es la Directiva 2009/103 la que define al «perjudicado» como «toda persona que tiene derecho a la reparación del daño causado por un vehículo» (art. 1.2); aunque emplea simultáneamente este término y el de «víctima».

A este baile de palabras pretende poner fin la Directiva 2021/2118, cuyo considerando 2 afirma: «debe mejorarse la claridad de la Directiva 2009/103/CE, sustituyendo el término “víctima”, que en dicha Directiva se utiliza como sinónimo de «perjudicado», por el término “perjudicado” mediante las modificaciones oportunas. Esas modificaciones tienen por objeto exclusivo armonizar la terminología utilizada en dicha Directiva y no constituyen un cambio sustancial». Así, se lleva a cabo el reemplazo en todo el articulado, aunque, curiosamente, sigue mencionando a las «víctimas de accidentes» el considerando 4; y la propia Comisión, en la Declaración que cierra la Directiva, utiliza exclusivamente el término «víctima».

### II.2.2. Concepto de perjudicado

La Directiva 2021/2118 cambia mínimamente la definición de perjudicado, presente en la Directiva 2009/103, por la siguiente: «Perjudicado: toda persona que tiene derecho a la indemnización de los daños y perjuicios causados por un vehículo». Por su parte, el artículo 12 de la Directiva 2009/103 alude a las «Categorías especiales de perjudicados» (en la terminología derogada, «Categorías especiales de víctimas»), en el

---

<sup>25</sup> Resolución sobre la reparación de los daños ocasionados por accidentes de tráfico acaecidos fuera del país de origen de la víctima, de 26 de octubre de 1995 (DOCE nº C 308, de 20 de noviembre de 1995).

que se menciona a: los ocupantes del vehículo; a los miembros de la familia del titular de la póliza, del conductor o de cualquier otra persona cuya responsabilidad civil esté comprometida en el siniestro y cubierta por el seguro; y a los peatones, ciclistas y otros usuarios no motorizados de vías públicas. Este precepto no acota ni agota el contenido del término. Y ello porque, según reiterada doctrina del TJUE, la finalidad del Derecho europeo, en su situación actual, no es armonizar los regímenes de responsabilidad civil de los Estados miembros, por lo que éstos tienen libertad para definir el régimen de responsabilidad civil aplicable a los siniestros derivados de la circulación de vehículos<sup>26</sup>. A ello se añade que la obligación de cobertura por el seguro de los daños causados a los terceros es distinta del alcance de la indemnización a estos últimos: mientras que la primera está garantizada y definida por la normativa de la Unión, la segunda se rige, fundamentalmente, por el Derecho nacional<sup>27</sup>. El TJUE también ha señalado que el derecho de las víctimas de accidentes de circulación a la indemnización no puede verse afectado por una limitación establecida mediante las disposiciones nacionales reguladoras del seguro de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, pero sí por el régimen nacional de responsabilidad civil en materia de accidentes de circulación<sup>28</sup>.

Sin embargo, se trata de afirmaciones matizables y matizadas por el propio TJUE, que señala que los Estados miembros están obligados a garantizar que la responsabilidad civil definida según su Derecho nacional esté cubierta por un seguro conforme con las

<sup>26</sup> STJUE (Gran Sala) de 23 de octubre de 2012, asunto C-300/10, Vítor Hugo Marques Almeida contra Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial SA, Jorge Manuel da Cunha Carvalheira, Paulo Manuel Carvalheira Fundo de Garantia Automóvel, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Guimarães (Portugal) (ECLI:EU:C:2012:656).

<sup>27</sup> STJUE (Sala Primera) de 19 de abril de 2007, asunto C-356/05, Elaine Farrell contra Alan Whitty, Minister for the Environment, petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Irlanda), (ECLI:EU:C:2007:229); STJUE (Sala Segunda) de 17 de marzo de 2011, asunto C-484/09, Manuel Carvalho Ferreira Santos contra Companhia Europeia de Seguros, S.A., petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação do Porto (Portugal) (ECLI:EU:C:2011:158); STJUE (Sala Tercera) de 9 de junio de 2011, asunto C-409/09, José Maria Ambrósio Lavrador y Maria Cândida Olival Ferreira Bonifácio contra Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial AS, petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) (ECLI:EU:C:2011:371).

<sup>28</sup> La ya citada STJUE de 23 de octubre de 2012, *Marques Almeida*, manifiesta que no son contrarias a las Directivas las disposiciones nacionales que, en caso de una colisión entre dos vehículos automóviles que haya causado daños corporales al pasajero de uno de ellos (que, en el caso, no utilizaba el cinturón de seguridad) sin que pueda imputarse culpa a los conductores, permiten limitar o excluir la responsabilidad civil de los asegurados. La STJUE (Sala Segunda) de 24 de octubre de 2013, asunto C-277/12, Vītālijs Drozdovs contra Baltikums AAS, petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākās tiesas Senāts (Letonia) (ECLI:EU:C:2013:685), señala: «el seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles debe cubrir la indemnización de los perjuicios inmateriales sufridos por los familiares cercanos de las víctimas fallecidas en un accidente de tráfico, en la medida en que el Derecho nacional aplicable al litigio principal establezca esta indemnización en concepto de responsabilidad civil del asegurado».

disposiciones de las Directivas, por lo que no cabe establecer exclusiones o limitaciones desproporcionadas en los derechos de los perjudicados que dejen sin sentido su eficacia, que le prive de efectos, pues se trataría de una medida de efecto equivalente al incumplimiento abierto de la obligación de los Estados miembros de instaurar el seguro. Es decir, los Estados miembros deben ejercer sus competencias en materia de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos respetando el Derecho de la Unión, del que forman parte las Directivas sobre el seguro obligatorio, por lo que las disposiciones nacionales del Derecho de la responsabilidad civil no pueden privar a las Directivas de su efecto útil<sup>29</sup>. Algo lógico, desde el momento en que ambos órdenes no son compartimentos separados y estancos: la responsabilidad civil y el seguro que la cubre están íntimamente relacionados, existe una interferencia recíproca entre ambos, en la medida en la que el asegurador de la responsabilidad civil responde de los hechos previstos en el contrato «de los que sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho» (art. 73, párr. 1º LCS).

La inicial libertad de que gozaban los Estados miembros en virtud de la Primera Directiva, para, en el marco de sus sistemas de responsabilidad civil, determinar los daños causados por vehículos automóviles que deben repararse, el alcance de la indemnización de dichos daños y las personas que tienen derecho a ella, ha sido paulatinamente coartada no sólo por el TJUE, sino también por las Directivas posteriores y tiene unos límites claramente establecidos en el artículo 12 de la Directiva 2009/103: 1º) el listado de personas que necesariamente han de ser reconocidas como perjudicados en las normas nacionales<sup>30</sup>; 2º) la cobertura de los daños corporales de todos los ocupantes; 3º) el hecho de que los miembros de la familia del titular de la póliza, del conductor o de cualquier otra persona cuya responsabilidad civil esté comprometida en el siniestro y cubierta por

---

<sup>29</sup> STJUE (Sala Primera) de 30 de junio de 2005, asunto C-537/03, Katja Candolin, Jari-Antero Viljaniemi y Veli-Matti Paananen contra Vahinkovakuutusosakeyhtiö Pohjola y Jarno Ruokoranta, petición de decisión prejudicial planteada por Korkein oikeus – (Finlandia) (ECLI:EU:C:2005:417); STJUE de 19 de abril de 2007, *Farrell*; STJUE de 9 de junio de 2011, *Ambrósio*. La STJUE de 17 de marzo de 2011, *Carvalho*, señala: «Sucedería así si la responsabilidad de la víctima por los daños que ha sufrido, tal como se desprenda de la apreciación, conforme al Derecho nacional de la responsabilidad civil, de su contribución a la producción de dichos daños, tuviera por consecuencia excluir de oficio o limitar de manera desproporcionada su derecho a ser indemnizado, por el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, de los daños de los que sea responsable el asegurado»; pero no se opone a las Directivas «una normativa nacional que, en los supuestos en que una colisión entre dos vehículos cause daños sin que pueda imputarse culpa a los conductores, distribuye la responsabilidad por dichos daños en proporción al grado en que haya contribuido a su producción cada uno de los vehículos y, en caso de duda a este respecto, considera de igual medida dicho grado de contribución».

<sup>30</sup> Así, «una normativa nacional no puede reducir el concepto de “ocupante”»: STJUE de 19 de abril de 2007, *Farrell*.

el seguro no pueden ser excluidos, por razón de dicho parentesco, del beneficio del seguro en cuanto a los daños corporales que hayan sufrido y deben quedar cubiertos en las mismas condiciones que el resto de terceros perjudicados<sup>31</sup>; 4º) la cobertura de los daños corporales y materiales sufridos por peatones, ciclistas y otros usuarios no motorizados de las vías públicas.

En consecuencia, debe considerarse que perjudicado es toda persona que tenga derecho, con arreglo a la legislación nacional en materia de responsabilidad civil, a la reparación del daño causado por un vehículo automóvil, con los límites del artículo 12 de la Directiva 2009/103, en el bien entendido de que éste no tiene por objeto restringir el círculo de las personas protegidas, sino que, por el contrario, hace obligatoria la cobertura, ya de ciertos daños, ya de todo tipo de daños sufridos por determinadas personas consideradas especialmente vulnerables<sup>32</sup>.

### II.2.3. Valoración de esta modificación

Volviendo a la terminología, pese a lo manifestado por el segundo considerando de la Directiva 2021/2118, víctima y perjudicado no son palabras sinónimas y eliminar la primera para reemplazarla en todos los casos por la segunda no puede calificarse como no constitutivo de un cambio sustancial. Perjudicado es un término amplio, que comprende a la víctima directa y a quienes son perjudicados por su muerte, distinción que se contiene en el artículo 36.1 LRCSCVM, que señala que tienen la condición de sujetos perjudicados: «a) La víctima del accidente. b) Las categorías de perjudicados

---

<sup>31</sup> Esa norma queda cumplida en el artículo 5.2 LRCSCVM: «La cobertura del seguro de suscripción obligatoria tampoco alcanzará a (...) los *bienes* de los que resulten titulares el tomador, el asegurado, el propietario o el conductor, así como los del cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de los anteriores» (la cursiva es nuestra). La STJUE (Sala Quinta) de 14 de septiembre de 2000, asunto C-348/98, Vitor Manuel Mendes Ferreira y Maria Clara Delgado Correia Ferreira contra Companhia de Seguros Mundial Confiança SA, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Comarca de Setúbal (Portugal) (ECLI:EU:C:2000:442), había afirmado: «si el Derecho nacional de un Estado miembro impone la cobertura obligatoria de los daños corporales causados a terceros ocupantes transportados gratuitamente, con independencia de que intervenga culpa por parte del conductor del vehículo que haya causado el accidente, debe imponer la misma cobertura de los daños corporales causados a los ocupantes miembros de la familia del tomador del seguro o del conductor. En cambio, si el Derecho nacional de dicho Estado miembro no impone tal cobertura de los daños corporales causados a los terceros ocupantes, el artículo 3 de la Segunda Directiva no le obliga a imponerla respecto de los daños corporales causados a los ocupantes miembros de la familia del tomador del seguro o del conductor».

<sup>32</sup> La STJUE (Sala Quinta) de 10 de junio de 2021, asunto C-923/19, Van Ameyde España, S.A., contra GES, Seguros y Reaseguros, S.A., petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo (España) (ECLI:EU:C:2021:475) no considera contraria a la Directiva 2009/103 la interpretación del Derecho nacional español que niegue la reparación de los daños a personas no comprendidas en esa lista especial, en concreto al poseedor de un semirremolque, cuando, como en el litigio que dio origen a la cuestión prejudicial, es un sujeto distinto del propietario de la cabeza tractora.

mencionadas en el artículo 62, en caso de fallecimiento de la víctima»; Ley que, a lo largo de su articulado, utiliza con significados diferentes ambos términos.

El artículo 9, a) de la Directiva 2009/103 fijaba los mínimos por víctima y ahora, tras la reforma de 2021, dicho precepto establece esos mínimos respecto a los daños corporales «por perjudicado»: 6.450.000 EUR por accidente, con independencia del número de perjudicados, o 1.300000 EUR por perjudicado. Ello puede introducir inseguridad en aquellos Ordenamientos que, como el nuestro, distinguen ambos términos y que (a diferencia del nuestro) no fijen la cuantía por accidente. Puede pensarse que este problema no se va a plantear en España y que van a quedar libres de esta inseguridad las aseguradoras que cubran la responsabilidad civil de los vehículos con estacionamiento habitual en nuestro país, porque la LRCSCVM establece los importes obligatorios de la cobertura de los daños corporales por siniestro, no por víctima (ahora, «perjudicado»). Sin embargo, hay que tener en cuenta otras reglas aplicables. Nos referimos al hecho de que este seguro debe cubrir los daños causados en el territorio de los otros Estados miembros «según las legislaciones en vigor en esos Estados» [art. 3, a) Directiva 2009/103]. A mayor abundamiento, el artículo 4.4 LRCSCVM establece que, cuando el siniestro sea ocasionado en un Estado adherido al Sistema del Certificado Internacional de Seguro distinto de España, pero por un vehículo que tenga su estacionamiento habitual aquí, se aplicarán los límites de cobertura fijados por el Estado miembro en el que tenga lugar el siniestro; y, si el siniestro se produce en un Estado miembro del EEE, se aplicarán los límites de cobertura españoles siempre y cuando sean superiores a los establecidos en el Estado donde se haya producido el siniestro. En consecuencia, puede que las aseguradoras de vehículos estacionados habitualmente en España tengan que asumir coberturas obligatorias vigentes en otros Estados del EEE calculadas por perjudicado, concepto que, como hemos señalado, conforme a la Directiva, comprende a toda persona que tenga derecho a la indemnización de daños y perjuicios causados por un vehículo, cuyo número puede ser muy superior al de las víctimas del accidente. Por ello, a nuestro juicio, pese a lo manifestado por la Directiva 2021/2118, sigue siendo necesario hacer referencia a la víctima en sentido estricto, al menos al establecer las cuantías mínimas de aseguramiento obligatorio para los daños corporales.

### **II.3. Los importes mínimos de la cobertura**

Son dos los cambios en este punto.

Por un lado, la nueva Directiva eleva los importes mínimos de cobertura obligatoria fijados en el artículo 9, que, para los daños corporales, pasan de 1.000.000 € por víctima o 5.000.000 € por siniestro cualquiera que sea el número de víctimas, a 1.300.000 € por perjudicado o 6.450.000 € por accidente, con independencia del número de perjudicados. En cuanto a los daños materiales, en vez de 1.000.000 € por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas, se pasa a 1.300.000 € por accidente, con independencia del número de perjudicados. España cumple con creces estos mínimos, en ambos conceptos, tal y como establece el artículo 4 LRCSCVM: por daños a las personas, 70 millones € por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas (ahora, habrá que decir, perjudicados); en los daños en los bienes, 15 millones € por siniestro. Pero no así otros países de nuestro entorno, algunos de los cuales se han apresurado ya a adaptarse a las nuevas cuantías<sup>33</sup>. De nuevo, esta materia afecta a la libertad de los Estados miembros en la regulación del régimen de responsabilidad civil aplicable a los daños causados por los vehículos: la STJUE de 14 de septiembre de 2000, *Mendes Ferreira*, señala que, respecto de los siniestros cubiertos por dicha responsabilidad civil, la normativa nacional no puede fijar límites máximos de indemnización inferiores a los importes mínimos del seguro cuando sólo se genere la responsabilidad civil por riesgo, por no mediar culpa del conductor del vehículo que causó el accidente.

La segunda modificación está referida a la revisión de esos importes mínimos. La Directiva 2009/103 establecía posibles períodos transitorios para la elevación (al 11 de diciembre de 2009, la mitad del importe; al 11 de junio de 2012, la totalidad) y la revisión cada cinco años, desde el 11 de junio de 2005 o desde el fin del período transitorio, en función del Índice de precios de consumo europeo. Al actuar sobre fechas distintas, se produjeron disparidades entre los importes mínimos de cobertura en función del Estado miembro, algo a lo que pone fin la nueva Directiva (cdo. 19 y art. 9.2), que introduce una disposición de revisión uniforme: cada cinco años, a partir del 22 de diciembre de 2021, la Comisión actualizará los importes en función del Índice de precios de consumo

---

<sup>33</sup> El artículo A211-1-3 *Code des Assurances* francés, que contiene una responsabilidad ilimitada para daños corporales, en virtud del *Arrêté du 16 mars 2022 relatif aux plafonds de couverture de l'assurance de responsabilité civile automobile* (JORF n° 67, de 20 de marzo de 2022), ha elevado de 1.000.000 a 1.300.000 € por siniestro la cantidad mínima para la cobertura de los daños a los bienes. En el mismo sentido, en Italia, en virtud del Decreto de 31 de mayo de 2022, el artículo 128 *Codice delle Assicurazioni Private* ha incrementado, desde el 11 de junio de 2022, de 5.000.000 a 6.450.000 € por siniestro la cobertura mínima de los daños a las personas y ha pasado de 1.000.000 a 1.300.000 € por siniestro la de los daños a las cosas.

armonizado. El nuevo artículo 28 *ter* atribuye a la Comisión poderes para adoptar actos delegados, en lo que a esta materia respecta, por tiempo indefinido.

#### **II.4. La modificación del concepto de vehículo de motor**

El artículo 1.1 de la Directiva 2009/103 definía el «vehículo» como «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». La Directiva 2021/2118 añade previsiones relativas a la velocidad máxima y al peso neto, con lo que el precepto queda así redactado:

«1) “vehículo”:

a) todo vehículo automóvil accionado exclusivamente mediante una fuerza mecánica que circula por el suelo y que no utiliza una vía férrea, con:

i) una velocidad máxima de fabricación superior a 25 km/h, o

ii) un peso neto máximo superior a 25 kg y una velocidad máxima de fabricación superior a 14 km/h;

b) todo remolque destinado a ser utilizado con uno de los vehículos a que se refiere la letra a), tanto enganchado como no enganchado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en las letras a) y b), las sillas de ruedas destinadas exclusivamente a ser utilizadas por personas con discapacidad física no se consideran vehículos en el sentido de la presente Directiva».

La posibilidad de los Estados miembros de excluir cierto tipo de vehículos del seguro obligatorio (art. 5.2 Directiva 2009/103) se mantiene sin cambios en la reforma de 2021, pero se añade una nueva previsión, que declara inaplicable la Directiva a la circulación de vehículos en actividades, pruebas, entrenamientos o competiciones automovilísticas en zonas restringidas, siempre que exista una póliza de seguro o una garantía alternativa para los daños a terceros, aunque no cubra los sufridos por los conductores participantes y sus vehículos (art. 3, párr. 2º). Los Estados miembros no deben aplicar la Directiva a estas actividades exentas «que deben tener lugar en una zona restringida y demarcada de tal manera que se garantice que el tráfico ordinario, el público y cualquier persona no relacionada con la actividad no puedan compartir efectiva o potencialmente el itinerario recorrido» (cdo. 10 Directiva 2021/2118). Esta previsión ya se contiene en el artículo 2.2, a) y en la Disposición Adicional 2ª RSOA, que no consideran estos supuestos hechos de la circulación, pero establecen el deber de suscribir

un seguro especial para dichas pruebas deportivas destinado a cubrir la responsabilidad civil de los conductores intervinientes, por los importes de las coberturas obligatorias legalmente establecidas en la LRCSCVM.

También es novedosa la introducción de un nuevo párrafo en el artículo 28.1 de la Directiva 2009/103, que faculta a los Estados miembros para incluir en el deber de aseguramiento a todo equipo motorizado que circule por tierra, aunque no esté incluido en la definición de vehículo, lo que está directamente relacionado con los supuestos a los que nos referimos en el epígrafe siguiente.

#### **II.4.1. Su repercusión en cuanto a los vehículos de movilidad personal y los vehículos autónomos**

El cambio en la definición de vehículo, con la introducción de umbrales y la facultad de los Estados de ampliar el ámbito objetivo del seguro, para que los que no los alcanzan queden comprendidos en el deber de aseguramiento, es la manera con la que el legislador europeo ha querido contentar a todas las partes interesadas, recogiendo los opuestos sentires que se pusieron de manifiesto en la gestación de la Directiva.

Nos referimos al debate acerca de si los vehículos de movilidad personal (VMP) debían o no quedar comprendidos en el deber de aseguramiento. La Propuesta de Directiva de 24 de mayo de 2018<sup>34</sup> señalaba que «la evaluación de impacto explica que nuevos tipos de vehículos de motor, como las bicicletas eléctricas, los Segways y los escúteres eléctricos entran ya en el ámbito de aplicación de la Directiva. La circulación de estos nuevos tipos de vehículos eléctricos puede causar accidentes, cuyas víctimas han de ser protegidas y reembolsadas rápidamente». Sin embargo, en virtud del Acuerdo Parlamento Europeo–Consejo de junio 2021, se decidió excluir a los VMP de la Directiva, mediante la introducción en la definición de vehículo de los ya mencionados umbrales de características (velocidad y peso) que, *de facto*, dejan fuera del espectro del seguro obligatorio a estos VMP. Y ello, según los considerandos 3, 4 y 6 de la Directiva 2021/2118, por las siguientes razones: porque estos nuevos vehículos motorizados son más pequeños y, por lo tanto, menos susceptibles de causar daños corporales o materiales significativos, sin que haya pruebas suficientes de que puedan provocar accidentes en los

---

<sup>34</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, COM(2018) 336 final, 2018/0168 (COD).

que haya perjudicados en la misma escala que los que ocasionan otros vehículos, como los automóviles o los camiones<sup>35</sup>; porque su inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva sería desproporcionada y no tendría perdurabilidad en el tiempo; y porque socavaría la implantación de vehículos más modernos, como las bicicletas eléctricas y desalentaría la innovación. Lo cierto es que, en la consulta pública de la nueva Directiva, una serie de asociaciones representativas del sector de las bicicletas eléctricas abogó por la exclusión propiamente dicha de esos vehículos, alegando que la exigencia de un seguro de responsabilidad civil podría socavar su difusión.

La solución de compromiso adoptada consiste, como decimos, en dejar fuera del concepto a los VMP, sin perjuicio de la posibilidad que tienen los Estados miembros de exigir un seguro de vehículos automóviles, en las condiciones que ellos mismos establezcan, para estos equipos motorizados que no están incluidos en la definición de «vehículo». La Directiva añade que aquellos también son libres de establecer que las víctimas de accidentes causados por cualquier otro equipo motorizado tengan acceso a su organismo de indemnización; y de decidir que, si una persona que reside en su territorio resulta perjudicada en un accidente causado por cualquier otro equipo motorizado en otro Estado miembro en el que no se exija un seguro de vehículos automóviles para dicho equipo, esa persona residente tenga acceso al organismo de indemnización del Estado miembro en el que reside; además, los organismos de indemnización de los Estados miembros deben tener la posibilidad de llegar a un acuerdo mutuo sobre las formas en que cooperarán en este tipo de situaciones (Cdo. 4 Directiva 2021/2118).

En España, a efectos del seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística, tienen la consideración de vehículos a motor aquellos «cuya puesta en circulación requiera autorización administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial» (art. 1.1 RSOA). Los VMP, definidos en nuestra legislación como «vehículo de una o más ruedas dotado de una única plaza y propulsado exclusivamente por motores eléctricos que pueden proporcionar al vehículo una velocidad máxima por diseño comprendida entre 6 y 25 km/h», están exceptuados de la consideración de vehículo a motor<sup>36</sup> y de la

---

<sup>35</sup> Según el estudio de la FUNDACIÓN MAPFRE, *Patinetes eléctricos, buenas prácticas y últimos datos de siniestralidad*, <https://documentacion.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/media/group/1116513.do>, en 2021 fallecieron en España trece personas en siniestros de patinetes eléctricos, más del doble que en años anteriores. Consultado el 15.2.2023.

<sup>36</sup> Anexo II.A del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos -en adelante, RGV- (BOE nº 22, de 26 de enero de 1999). Dicho Anexo define el «Vehículo

obligación de obtener autorización administrativa para circular<sup>37</sup>, por lo que no están comprendidos en el deber de aseguramiento y quedan al margen de la consideración penal<sup>38</sup>. Ello no obstante, diversos municipios exigen un seguro de responsabilidad civil a las bicicletas eléctricas, de pedaleo asistido y a los VMP<sup>39</sup>, normas que no cumplen con

---

a motor» como: «Vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías, los vehículos para personas de movilidad reducida, bicicletas de pedales con pedaleo asistido y los vehículos de movilidad personal». Estas definiciones han sido redactadas por el artículo 2.6 del Real Decreto 970/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifican el Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre y el Reglamento General de Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, en materia de medidas urbanas de tráfico (BOE nº 297, de 11 de noviembre de 2020). Vid. también la Sección 1 del Manual de características de los vehículos de movilidad personal, aprobado por Resolución de la Dirección General de Tráfico de 12 de enero de 2022 (BOE nº 18, de 21 de enero de 2022).

<sup>37</sup> Artículo 22 bis.1 RGV, introducido por el artículo 2.3 del Real Decreto 970/2020, de 10 de noviembre.

<sup>38</sup> El problema es que los ciclomotores sí que tienen la consideración de vehículo a motor y les afectan los deberes de licencia y de seguro obligatorio y resulta complicado, en la práctica, diferenciarlos de los verdaderos VMP. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) de 10 de febrero de 2022 (RJ 2022\902) señala que, sobre la base de las definiciones, «no se pueden diferenciar los ciclomotores de los VMP, pues en ambos casos tienen dos ruedas, esa propia limitación de velocidad genérica, y un motor de menos de 4 KW de potencia. Es decir, todos los vehículos de dos ruedas con motor y sin pedales, serían considerados como ciclomotores, lo que, evidentemente, no es así. De ahí que esta definición no nos sirve desde el punto de vista penal, una vez que el legislador ha querido dar realidad a unos vehículos, de rango superior a los ciclos con motor (a pedales: bicicletas eléctricas) pero de inferior categoría que los ciclomotores, vehículos éstos a los que exige otras características, como la matriculación o la obtención de licencia para su conducción, exigencias que, hoy por hoy, no son necesarias en el caso de los VMP, si bien debería ser esto objeto de adecuada aclaración, y con la mayor precisión posible, por parte del legislador o por la Administración, mediante norma reglamentaria. En consecuencia, la cuestión reside en definir el VMP, vehículo que está situado entre el ciclo asistido y el ciclomotor, para ello será necesario en los casos dudosos, como aquí ocurre, contar con un dictamen pericial, y a falta de ello, nos obliga a una interpretación *pro reo*». La STS (Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>) de 23 de junio de 2022 (RJ 2022\3247) señala que los VMP «son una categoría autónoma, definida de forma independiente en el Anexo II RGV y separada de los vehículos a motor (la nueva definición de éstos dada por el RD 970/2020 excluye expresamente del concepto a los VMP como se dijo), ciclomotores, ciclos de motor y bicicletas de pedales con pedaleo asistido, por lo que carecen de consideración penal (otra cosa ocurrirá, como decíamos, con los vehículos mal llamados VMP que, en realidad, no lo son, y que, por tanto, podrían alcanzar la estimación hipotética "mínima" de ciclomotor, al amparo del Reglamento UE en relación con la LSV y RGV). Por ello, no es posible, hoy por hoy, inculpar la conducción de los VMP en las infracciones penales del Capítulo IV del Título XVII del Código Penal, pues no están incluidos en las correlativas fórmulas típicas. Todo ello salvo que se haga un uso fraudulento de estas categorías para camuflar, tras una aparente clasificación VMP, lo que es auténticamente, cuanto menos, un ciclomotor (incluso una motocicleta), intentando burlar de esa forma la reglamentación referida a la exigencia de licencia, que daría lugar al delito objeto de este recurso, y otras normas, como la obligatoriedad del casco o del seguro, de ámbito administrativo, incidiendo -y eso es lo peor- en la seguridad vial, al poner en peligro real la seguridad personal de los demás usuarios de la vía».

<sup>39</sup> Hay municipios que establecen el deber de contratación para todos los usuarios de VMP: la Ordenanza municipal reguladora de los vehículos de movilidad personal de Vigo (*Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra*, nº 94, de 18 de mayo de 2022) dispone que los titulares de los VMP que deseen utilizarlos en vías urbanas deberán disponer de un seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños a personas o bienes derivados del riesgo creado por su utilización por las vías y espacios públicos de competencia municipal (art. 5). Por el contrario, en otros, tal obligatoriedad se circunscribe a los VMP que se dediquen a actividades económicas: la Ordenanza de Circulación de Vehículos de Movilidad Personal del Ayuntamiento de Cáceres de 16 de mayo de 2019 (*Boletín Oficial de la Provincia de Cáceres*, nº 100, de 28 de mayo de 2019) establece que los titulares de los VPM dedicados a una actividad de explotación económica o al transporte de mercancías, «deberán contratar previamente un seguro de responsabilidad civil que cubra las eventuales responsabilidades que les pueda ser exigible por daños y perjuicios derivados de dicha utilización, y por el importe mínimo previsto reglamentariamente para los vehículos a motor» (art. 6.1), mientras que, para los restantes, el seguro no es obligatorio. Por último, otros ayuntamientos se limitan

la reserva de ley que establece la Disposición Adicional 2ª.2 LOSSEAR. Se debate en la actualidad en España la conveniencia de configurarlo como deber a nivel estatal, ya sea encuadrando a estos vehículos en el ámbito de la legislación del SOA, ya creando para ellos un seguro específico (con niveles de cobertura y contenidos distintos a los del SOA). Personalmente, no somos partidarios de instaurar dos regímenes distintos, sobre todo si se van a crear en su virtud dos categorías de perjudicados, con niveles de protección inferiores para quienes sufran daños por uno de estos VMP.

Sobre esta cuestión, el Documento de Consulta pública previa del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y del Ministerio de Justicia sobre el Proyecto por el que se modifica la normativa legal y reglamentaria relativa a la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor<sup>40</sup>, considera aconsejable la introducción de una obligación legal de aseguramiento para los VMP y aquellos que cuenten con sistema de pedaleo asistido, «sin perjuicio de que las particularidades de estos vehículos susciten, durante el proceso de tramitación normativa, cuestiones como qué límites mínimos de aseguramiento obligatorio deben ser exigibles en función de riesgo que puedan generar, o en qué medida es preferible articular su aseguramiento sobre la base tradicional del seguro por cada vehículo o sobre la más novedosa del aseguramiento obligatorio de la movilidad personal de los usuarios de estos vehículos» (puntos b.3 y d.3). Y, de forma expresa, solicita comentarios y propuestas en relación con la valoración de si es conveniente o no la regulación de un seguro obligatorio para los VMP y, en caso de serlo, si resulta preferible su regulación dentro del actual SOA o mediante un seguro específico (punto e.2). Además, añade que debe analizarse la posible intervención del CCS en los casos de incumplimiento del deber de aseguramiento de la responsabilidad civil ligada a los VMP o de rechazo de la contratación del citado seguro por las entidades aseguradoras privadas.

Por último, hay que señalar que, aunque no hay en el articulado de la Directiva 2021/2118 ninguna referencia a los vehículos autónomos, es evidente que quedan comprendidos en el concepto de vehículo. Así lo ponía de manifiesto la evaluación de

---

a recomendar a los usuarios de VMP la contratación de dicho seguro de responsabilidad civil: la Ordenanza Municipal de Tráfico del Ayuntamiento de Illescas de 2 de septiembre de 2021 (*Boletín Oficial de la Provincia de Toledo*, nº 176, de 14 de septiembre de 2021) señala: «l) Será recomendable que los VMP dispongan de un seguro de responsabilidad civil, con cobertura, en caso de accidente, por daños a terceras personas o daños materiales» (art. 38.2).

<sup>40</sup> <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Consulta%20pública%20modificación%20normativa%20relativa%20a%20la%20responsabilidad%20civil%20y%20seguro%20en%20veh%3%ADculo.pdf>. Consultado el 15.2.2023.

impacto de la Propuesta de Directiva de 24 de mayo de 2018: «en lo que respecta a futuros avances tecnológicos, la evaluación de impacto explica que la obligación de la Directiva de suscribir un seguro de automóviles obligatorio de responsabilidad civil se aplica también a los vehículos autónomos o semiautónomos, lo que se explica principalmente por la constante necesidad de proteger e indemnizar a las víctimas de accidentes causados por vehículos autónomos que circulan en la UE. Se han producido ya algunos accidentes causados por vehículos autónomos (y semiautónomos), lo que demuestra la necesidad de proteger a los ciudadanos de la UE en caso de accidente». En su lugar, el considerando 39 de la Directiva 2021/2118 manifiesta que la Comisión revisará la Directiva a la luz de la evolución tecnológica, teniendo presente el mayor uso de vehículos autónomos y semiautónomos. Lo que es evidente es que los regímenes de responsabilidad civil nacionales deberán adaptarse a estos nuevos vehículos, en particular, en el caso español, en lo relativo al régimen de responsabilidad subjetiva que contempla para los daños materiales (art. 1.1 LRCSCVM)<sup>41</sup>.

#### **II.4.2. La cuestión de los remolques**

En relación con los remolques, dos son las dudas principales, estrechamente relacionadas, que se han planteado y sobre las que versan los litigios resueltos por el TJUE y por los tribunales españoles.

La primera es si el remolque es un vehículo de motor y la responsabilidad civil por su circulación debe ser objeto de aseguramiento obligatorio; o si más bien ha de ser considerado como carga del vehículo al que está enganchado, con lo que no habría de contar con un seguro propio. La Directiva 2009/103 conceptuaba como vehículo a «los remolques, incluso no enganchados» (art. 1.1). La Directiva 2021/2118 modifica dicho precepto y establece dentro del concepto de vehículo «b) todo remolque destinado a ser utilizado con uno de los vehículos a que se refiere la letra a), tanto enganchado como no enganchado». Por su parte, la legislación española los nombra de forma expresa entre los vehículos a motor, aunque excluye de la obligación de aseguramiento a los remolques, semirremolques y máquinas remolcadas especiales cuya masa máxima autorizada no exceda de 750 kilogramos (art. 1.1 RSOA); algo que se puede hacer al permitirlo con carácter general el artículo 5 de la Directiva 2009/103. Por lo tanto, necesitan un seguro

---

<sup>41</sup> Sobre la repercusión de la conducción terrestre automatizada en el seguro, ZORNOZA SOMOLINOS (2021); ARROYO APARICIO (2022: 1-22, versión electrónica [BIB 2022\1160]).

propio, independiente del seguro del vehículo de tracción, los remolques que superen los 750 kg, mientras que los demás remolques estarían cubiertos por el seguro del vehículo al que están enganchados (y, si no lo están, por el seguro del vehículo cuya matrícula ostentan). La STJUE de 10 de junio de 2021, *Van Ameyde*, ha señalado con rotundidad que, tanto un camión-tractor como un remolque o un semirremolque constituyen, individualmente considerados, una categoría autónoma de «vehículo», en el sentido de la Directiva, cuya calificación como tal es independiente de si está o no enganchado a otro, y deben, por consiguiente, y sin perjuicio del ejercicio por el Estado miembro de su estacionamiento habitual de la facultad de establecer excepciones, ser objeto cada uno de un contrato suscrito con una compañía de seguros con el fin de garantizar, dentro de los límites definidos por el Derecho de la Unión, la responsabilidad civil que resulta de su circulación. Y añade que considerar que, cuando un remolque o un semirremolque está enganchado a una cabeza tractora, aquel constituye una cosa transportada por esta cabeza tractora o forma un solo vehículo con ella y pierde así su propia condición de «vehículo» sería inconciliable con el hecho de que la definición del concepto de «vehículo» es independiente del uso que se haga o pueda hacerse del vehículo de que se trate y, por tanto, es contrario a la concepción objetiva de dicho concepto e incompatible con la Directiva. La Directiva 2021/2118 regula los derechos de los perjudicados en accidentes con implicación de remolques en el considerando 30 y en el nuevo artículo 15 *bis*, aunque admite que el Derecho nacional establezca normas que les sean más favorables. Se reconoce al perjudicado una acción directa contra la aseguradora del remolque si éste cuenta con un seguro propio, distinto del de la cabeza tractora, siempre y cuando se den dos condiciones añadidas, que operan simultáneamente: que el remolque pueda ser identificado, pero no el vehículo que lo arrastraba y que el Derecho nacional aplicable obligue al asegurador del remolque a indemnizar. A su vez, el asegurador del remolque que haya indemnizado al perjudicado tendrá derecho de reclamación contra el de la cabeza tractora o contra el organismo de garantía, sobre la base del Derecho nacional. Salvo que el Derecho nacional establezca que corresponde al asegurador del remolque la indemnización íntegra, éste debe informar sin demora al perjudicado de quién es el asegurador de la cabeza tractora; y si, pese a haber realizado esfuerzos razonables no puede hacerlo, le debe informar de cuál es el mecanismo y el organismo de indemnización. Estas normas son confusas porque parece que están regulando los accidentes con implicación de un vehículo articulado en los que el perjudicado es un tercero ajeno a la

cabeza tractora y al remolque. Y que establecen una responsabilidad de primer grado del asegurador de la cabeza tractora, porque la acción directa contra el asegurador del remolque se supedita a la condición de que no pueda ser identificado el vehículo que lo arrastraba y a que el Derecho nacional obligue al asegurador del remolque a indemnizar. Algo que está en contradicción con la consideración de vehículo autónomo que tiene el remolque, según la Directiva y la doctrina del TJUE. Si es posible identificar a ambos, al vehículo tractor y al remolque, y ambos cuentan con seguros diferentes ¿no puede el perjudicado tener acción directa contra ambos? ¿*quid* si hay contribución causal al accidente tanto por el remolque (pensemos en la rotura o fallo de alguna pieza o mecanismo) como por parte del conductor de la cabeza tractora (que, por ejemplo, conducía a velocidad excesiva, por lo que no supo hacerse con el vehículo)? El Derecho español contiene ya una norma que regula estas situaciones: nos referimos al artículo 19.2, párr. 2º RSOA, que establece que, cuando los dos vehículos que hayan intervenido en el accidente sean una cabeza tractora y el remolque o semirremolque a ella enganchado, o dos remolques o semirremolques, y no pudiera determinarse la entidad de las culpas concurrentes (mejor sería decir, de la contribución causal de cada uno) «cada asegurador contribuirá al cumplimiento de dichas obligaciones de conformidad con lo pactado en los acuerdos entre aseguradoras o, en su defecto, en proporción a la cuantía de la prima anual de riesgo que corresponda a cada vehículo designado en la póliza de seguro suscrita»<sup>42</sup>.

La segunda pregunta es si pueden el titular del remolque o el propietario de la carga transportada en él ser considerados perjudicados en caso de un accidente causado por el conductor de la cabeza tractora, cuando ésta y el remolque pertenecen a sujetos distintos. La Directiva 2021/2118 no da respuesta a esta cuestión, como tampoco lo hacía la Directiva reformada. Los Tribunales españoles han sostenido tesis divergentes: por un lado, la teoría de la «unidad funcional» existente entre la cabeza tractora y el remolque, la consideración de éste como carga, como cosa transportada por la cabeza tractora y la exclusión de los daños del remolque y/o de lo transportado en él de la cobertura del seguro de responsabilidad civil de la cabeza tractora, pues éste no cubre los daños propios<sup>43</sup>. En el lado opuesto, se sitúan las sentencias que niegan la consideración del remolque como carga porque es un vehículo conceptuado como tal por el Ordenamiento jurídico, objeto

---

<sup>42</sup> En la práctica española, las aseguradoras se suelen repartir los daños con una fórmula 70/30, correspondiendo el 70 al seguro de la cabeza tractora y el 30 a la aseguradora del remolque.

<sup>43</sup> Entre otras, SAP de Burgos (Sección 3ª) de 11 de abril de 2006 (JUR 2006\131652) y SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 6 de mayo de 2015 (JUR 2015\138253).

de aseguramiento obligatorio diferente y transportado por el tractor y porque se excluye de la cobertura del seguro obligatorio las cosas «en él» transportadas, no «por él» transportadas, es decir, a las cosas situadas en el mismo vehículo, no en un remolque ni al remolque en sí (art. 5.2 LRCSCVM)<sup>44</sup>. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el TJUE en relación con un litigio suscitado en España entre la aseguradora de la responsabilidad civil del camión-tractor y la aseguradora de los daños propios del remolque, daños que fueron causados por el conductor del camión tractor que lo arrastraba, sin implicación de otros vehículos. La aseguradora del remolque indemnizó al arrendatario financiero, que había suscrito una póliza de daños propios y, acto seguido, ejercitando el derecho de subrogación, reclamó contra la aseguradora de la responsabilidad civil del camión tractor. La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de La Palma del Condado de 14 de julio de 2016 desestimó la demanda, al considerar al remolque como cosa transportada; en apelación, la SAP de Huelva de 22 de diciembre de 2021 estimó la demanda; y, recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, planteó éste una cuestión prejudicial, resuelta por la ya citada STJUE de 10 de junio de 2021, *Van Ameyde*, que, además de afirmar la condición de vehículo autónomo y no de carga del remolque, sostiene que la Directiva 2009/103 no se opone a una interpretación de la normativa nacional que excluya de la cobertura y, por tanto, de la indemnización por el seguro obligatorio, a los daños materiales causados por un camión-tractor al semirremolque enganchado a él cuando tuvo lugar el accidente. Sobre la base de esta Sentencia del TJUE, fija doctrina la STS de 7 de octubre de 2021: «El artículo 5.2 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor debe interpretarse en el sentido de que, en los casos de accidente de tráfico de un vehículo articulado debido a la culpa del conductor del camión-tractor, el seguro obligatorio de este no cubre los daños del semirremolque enganchado a él», porque «el semirremolque se asimila a las “cosas transportadas” en el camión-tractor asegurado»; en definitiva, «al carecer los camiones-tractores de capacidad o aptitud propia para transportar “cosas”, tanto el semirremolque, carente a su vez de tracción propia o independiente, como su carga, ha de considerarse, en casos como el presente, “cosas en él transportadas” a los efectos de la exclusión prevista en el artículo 5.2 LRCSCVM»<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> SAP de Valencia (Sección 11ª) de 31 de marzo de 2016 (JUR 2016\151830) y SAP de Huelva (Sección 2ª) de 22 de diciembre de 2021 (JUR 2017\59733).

<sup>45</sup> STS (Pleno de la Sala de lo Civil) de 7 de octubre de 2021 (RJ 2021\4490). Sobre esta sentencia y temática, MAYOR CIVIT (2021: 711-764). Las SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 28 de febrero de 2022 (RJ 2022\1098), de 25 de abril de 2022 (RJ 2022\2122) y de 12 de septiembre de 2022 (JUR 2022\305147) reiteran dicha doctrina.

Como se puede apreciar, este argumento afirma justo lo contrario de lo manifestado por la STJUE *Van Ameyde*. En nuestra opinión, si el remolque es un vehículo autónomo y no carga, no entendemos por qué sobre su titular pesa el deber de aseguramiento y la posibilidad de ser declarado responsable de daños a terceros, pero se le excluye de la condición de perjudicado cuando es su vehículo el que los sufre, causados por un responsable que está asegurado.

#### II.4. La introducción del concepto de circulación del vehículo

No se trata de una simple reforma, sino de una verdadera novedad, ya que las Directivas codificadas por la Directiva 2009/103, aunque mencionaban en su título y en su articulado la «circulación de vehículos», no la definían, cosa que ahora hace el artículo 1 *bis*): «utilización de un vehículo que sea conforme con la función del vehículo como medio de transporte en el momento del accidente, con independencia de las características de este, del terreno en el que se utilice el vehículo automóvil y de si está parado o en movimiento».

Esta definición recoge en síntesis la doctrina del TJUE, que ha ido perfilando el concepto al resolver las dudas (principalmente planteadas en relación con vehículos militares o aquellos que se dedican a determinadas tareas, como labores agrícolas, o industriales)<sup>46</sup> y poner límites a la legislación y la jurisprudencia nacionales. Así, la STJUE de 4 de septiembre de 2014, *Vnuk*<sup>47</sup>, señala que, en el concepto de «circulación de vehículos», se incluye la utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual del mismo, y queda comprendida en él la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de una granja el remolque de ese tractor. La STJUE de 28 de noviembre

---

<sup>46</sup> Sobre la rica casuística relacionada con el concepto de hecho de la circulación, BADILLO ARIAS (2016).

<sup>47</sup> STJUE (Sala Tercera) de 4 de septiembre de 2014, asunto C-162/13, Damijan Vnuk contra Zavarovalnica Triglav d.d., petición de decisión prejudicial de Vrhovno sodišče (Eslovenia) (ECLI:EU:C:2014:2146). Se trataba del accidente causado por un tractor dotado de remolque, cuando, durante la colocación de pacas de heno en una era, al maniobrar marcha atrás para situar el remolque en el patio de la granja, derribó la escalera en la que estaba subido el Sr. Vnuk, lo que provocó la caída de éste, quien demandó a la compañía de seguros con la que el propietario del tractor había celebrado un contrato de seguro obligatorio. El asegurador sostuvo que la póliza de seguro obligatorio de circulación de automóviles cubre el perjuicio causado por la utilización de un tractor como medio de transporte, pero no el ocasionado por la utilización de un tractor como maquinaria de trabajo o como medio de remolque; mientras que, para el perjudicado, el concepto de «utilización de un vehículo en la circulación» no puede limitarse a la circulación en las vías públicas y, además, en el momento del hecho dañoso, el conjunto formado por el tractor y su remolque constituían ciertamente un vehículo que circulaba y se trataba de la parte final del trayecto. El Tribunal nacional planteó si el concepto de «circulación de vehículos», a los efectos del artículo 3.1 de la Directiva, debía interpretarse en el sentido de que no incluye las circunstancias del caso de autos, puesto que estos hechos no tuvieron lugar en el ámbito de la circulación vial.

de 2017, *Rodrigues de Andrade*<sup>48</sup>, manifiesta que el hecho de que el vehículo que haya intervenido en un accidente estuviera inmovilizado en el momento en que se produjo no excluye, por sí solo, que el uso del vehículo pueda estar comprendido en su función de medio de transporte y, en consecuencia, en el concepto de «circulación de vehículos», y tampoco es determinante a estos efectos que el motor estuviera o no en marcha. Y señala que la definición de vehículo no depende del uso que se haga o pueda hacerse del mismo, por lo que el hecho de que un tractor pueda, en determinadas circunstancias, ser utilizado como maquinaria agrícola es irrelevante a efectos de la constatación de que responde al concepto de «vehículo». Sin embargo, cuando se trata de vehículos que, además de su uso habitual como medio de transporte, están destinados a utilizarse en determinadas circunstancias como maquinaria de trabajo, debe determinarse si, cuando intervienen en la producción de un accidente, se utilizan principalmente como medio de transporte (uso que puede quedar comprendido en el concepto de «circulación de vehículos»), o como maquinaria de trabajo (en cuyo caso, el uso no se incluye en él)<sup>49</sup>. Por su parte, la STJUE de 15 de noviembre de 2018, *BTA Baltic Insurance Company*<sup>50</sup>, considera que la acción de abrir la puerta de un vehículo constituye una utilización que es conforme con su función de medio de transporte, en la medida en que permite la subida y bajada de personas o la carga y descarga de bienes que se van a transportar o que acaban de ser transportados. Y esta conclusión no resulta afectada por la circunstancia de que, en el momento del accidente, los vehículos estuvieran inmovilizados y se hallaran en un aparcamiento, puesto que el alcance del concepto de «circulación de vehículos» no depende de las características del terreno en el que se utilice el automóvil. Y es irrelevante el hecho de que el daño no derive de la conducción, sino de otras utilizaciones o de las realizadas por personas distintas del conductor, y se incluye en el mencionado concepto una situación en la que el pasajero de un vehículo estacionado en un aparcamiento, al

---

<sup>48</sup> STJUE (Gran Sala) de 28 de noviembre de 2017, asunto C-514/16, Isabel Maria Pinheiro Vieira Rodrigues de Andrade, Fausto da Silva Rodrigues de Andrade y José Manuel Proença Salvador, Crédito Agrícola Seguros, Companhia de Seguros de Ramos Reais, S.A., Jorge Oliveira Pinto, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Guimarães (Portugal) (ECLI:EU:C:2017:908).

<sup>49</sup> Para el Tribunal, no está comprendida en el concepto de «circulación de vehículos» una situación en la que un tractor agrícola que ha intervenido en un accidente tiene por función principal, en el momento de producirse éste, no su uso como medio de transporte, sino la generación, como maquinaria de trabajo, de la fuerza motriz necesaria para accionar la bomba de una pulverizadora de herbicida.

<sup>50</sup> STJUE (Sala Sexta) de 15 de noviembre de 2018, asunto C-648/1, BTA Baltic Insurance Company AS, anteriormente Balcia Insurance SE, y Baltijas Apdrošināšanas Nams AS, petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa (Tribunal Supremo, Letonia) (ECLI:EU:C:2018:917). Se trataba de un accidente que implicaba a dos vehículos estacionados en un aparcamiento en el que el daño material es causado por un pasajero del vehículo adyacente que abre la puerta de éste y daña al otro vehículo.

abrir la puerta de ese vehículo, golpea y daña el vehículo que se halla estacionado a su lado. Para la STJUE de 20 de junio de 2019, *Línea Directa*<sup>51</sup>, el estacionamiento y el período de inmovilización del vehículo son estadios naturales y necesarios que forman parte de su utilización como medio de transporte, con independencia de la duración de dicho estacionamiento, por lo que, al margen de qué pieza del vehículo fue la que provocó el hecho dañoso y sin que haya que determinar las funciones que esta pieza desempeña, los daños que cause en dicha situación están comprendidos en el concepto de «circulación de vehículos». Por último, la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Núñez Torreiro*<sup>52</sup>, declara que los vehículos automóviles, independientemente de sus características, están destinados a un uso habitual como medios de transporte, por lo que está incluido en el concepto de «circulación de vehículos» todo empleo como medio de transporte, algo que no depende de las características del terreno en el que se utilice. El Tribunal añade que la Directiva 2009/103 «se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite excluir de la cobertura del seguro obligatorio los daños producidos con ocasión de la conducción de vehículos automóviles por vías y terrenos no “aptos para la circulación”, salvo aquellos que, sin tener tal aptitud, sean no obstante “de uso común”». Esta redacción se corresponde con el artículo 2.1 RSOA, que, aunque no ha sido modificado para alinearlo con esta doctrina auténtica de la Directiva, debe ser interpretado conforme a la misma.

## II.5. Los daños dolosos

La exclusión de la cobertura del seguro de responsabilidad civil de los daños causados intencionadamente por el asegurado y su oponibilidad al perjudicado que ejercita la acción directa es uno de los asuntos más debatidos y lo es, de manera destacada, en el seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor. Ciertamente, la inasegurabilidad del dolo es, se puede decir, una norma de orden público del seguro, pues

---

<sup>51</sup> STJUE (Sala Segunda) de 20 de junio de 2019, asunto C-100/18, *Línea Directa Aseguradora, S.A. y Segurcaixa, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros*, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo (España) (ECLI:EU:C:2019:517). Se enjuiciaba el daño material causado en un inmueble por el incendio que se originó en el circuito eléctrico de un coche asegurado con *Línea Directa* que llevaba más de 24 horas parado, estacionado en un garaje privado de dicho inmueble.

<sup>52</sup> STJUE (Sala Sexta) de 20 de diciembre de 2017, asunto C-334/16, *José Luis Núñez Torreiro y AIG Europe Limited, Sucursal en España, anteriormente Chartis Europe Limited, Sucursal en España, Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (Unespa)*, petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Albacete (España) (ECLI:EU:C:2017:1007). Se trataba de un accidente ocurrido en un campo de maniobras militares cuando el vehículo de ruedas militar todoterreno en el que viajaba como pasajero el reclamante volcó en una zona que no estaba destinada a vehículos de ruedas, sino a vehículos de cadena.

la afirmación contraria va en contra de su naturaleza de contrato aleatorio (art. 19 LCS). No es menos cierto que no todas las excepciones ni todas las cláusulas de exclusión de la cobertura son oponibles al tercero perjudicado, inoponibilidad que es una manifestación de la configuración del seguro de responsabilidad civil como instrumento de protección de la víctima, más que del propio asegurado, algo que está en la base de la imposición del deber de contratación en los llamados seguros obligatorios. La inoponibilidad de excepciones no es consustancial a la acción directa, es un añadido con el que el legislador pretende reforzar la posición jurídica y la protección del perjudicado. Además, la misma excepción, oponible en el marco de un seguro voluntario, puede ser inoponible en el marco del seguro obligatorio, como ocurre con la franquicia o descubierto obligatorio<sup>53</sup>. A mayor abundamiento, hay seguros obligatorios en los que el legislador consagra de forma expresa la oponibilidad del dolo, como ocurre en el ámbito del Derecho marítimo<sup>54</sup>; y otros en los que simplemente se menciona el dolo entre las causas de repetición del asegurador<sup>55</sup>.

Precisamente, en el ámbito del seguro obligatorio que nos ocupa en este trabajo, este tema ha sido objeto de todas las interpretaciones posibles por los tribunales, Tribunal Supremo incluido, incluso después de que se estableciera en el artículo 1.6 LRCSCVM y en el correlativo artículo 2.3 RSOA la norma que niega la consideración de hechos de la circulación a «los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes», con la matización añadida en este último de que «(E)n todo caso sí será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad vial, incluido el supuesto previsto en

---

<sup>53</sup> Es inoponible por disposición del artículo 6, párr. 4º LRCSCVM; y también por el artículo 51 del Reglamento sobre Cobertura Riesgos Nucleares, aprobado por Real Decreto 2177/1967, de 22 de julio (BOE nº 223, de 18 de septiembre de 1967).

<sup>54</sup> Artículos 300 y 389 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (BOE nº 180, de 25 de julio de 2014), reguladores, respectivamente, del seguro obligatorio de responsabilidad civil por la muerte y lesiones corporales de los pasajeros y del seguro obligatorio de responsabilidad civil por daños por contaminación de las costas y aguas navegables. Artículo 7.10 del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos para combustible de los buques (BUNKERS, 2001), hecho en Londres el 23 de marzo de 2001 (BOE nº 43, de 19 de febrero de 2008). Artículo VII.8 Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969 (BOE nº 58, de 8 de marzo de 1976), enmendado por el Protocolo de Londres de 27 de noviembre de 1992 (BOE nº 255, de 20 de septiembre de 1995).

<sup>55</sup> Artículos 76 LCS y 10 LRCSCVM. Sobre esta debatida cuestión, YZQUIERDO TOLSADA (2022: 5-48 y la bibliografía citada).

el artículo 382 de dicho Código Penal»<sup>56</sup>. Y la cuestión dista de estar resuelta, teniendo en cuenta que en el origen de estas conductas puede haber motivaciones tan diferentes como un suicidio, un acto terrorista<sup>57</sup> o el dolo directo en delitos diferentes (un asesinato, un homicidio, lesiones o daños)<sup>58</sup>.

Cuando se planteó la cuestión prejudicial que está en el origen de la antes citada STJUE *Núñez Torreiro*, pensamos que la solución de esta controversia podía venir del Tribunal europeo, a la vista de la tercera pregunta planteada por la Audiencia Provincial de Albacete: «Si, del mismo modo, puede excluirse como «hecho de la circulación» actividades determinadas del vehículo relacionadas con su finalidad (como pudiera ser su uso deportivo, industrial o agrícola) o relacionadas con la intención del conductor (como pudiera ser la comisión de un delito doloso con el vehículo)». Sin embargo, la STJUE de 20 de diciembre de 2017 eludió pronunciarse, cuando sentenció: «el litigio principal no se refiere al uso de ese vehículo en el marco de actividades deportivas, industriales o agrícolas, en puertos o aeropuertos o para la comisión de un delito doloso. En estas circunstancias, es manifiesto que la interpretación del artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103 solicitada mediante la tercera cuestión prejudicial carece de cualquier

---

<sup>56</sup> Cambio procedente del artículo 71 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (*BOE* n° 58, de 8 de marzo de 1976), que modificó el artículo 4.1 del texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo (*BOE* n° 85, de 8 de abril de 1968).

<sup>57</sup> La reparación de algunos de estos daños o un régimen de ayudas públicas se contemplan en la Ley 29/2011, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (*BOE* n° 229, de 23 de septiembre de 2011), en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (*BOE* n° 296, de 12 de diciembre de 1995) y en leyes autonómicas.

<sup>58</sup> El resumen de esta evolución lo podemos cifrar en cuatro etapas, como ejemplo de las cuales citamos algunas de las muchas sentencias existentes. La primera, estuvo marcada por las discrepancias en la Sala de lo Penal (el dolo es oponible al perjudicado: STS de 10 de julio de 1995, RJ 1995\5438; el dolo es inoponible al perjudicado: STS de 24 de octubre de 1997, RJ 1997\7768). En un segundo momento, en el seno de dicha Sala, se decide la inoponibilidad, por Acuerdos en Junta General de 14 de diciembre de 1994 y de 6 de marzo de 1997 (interpretación aplicada, entre otras muchas, tanto antes -STS de 29 de mayo de 1997, RJ 1997\3637- como después de la reforma de la legislación del seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística del año 2000 -STS de 21 de marzo de 2007, RJ 2007\2125). En una tercera etapa, se decide la oponibilidad del dolo directo en el ámbito del seguro obligatorio, por Acuerdo n° 1/2007 de la Sala General de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007 (JUR 2007\130518), criterio que aplica, entre otras, la STS de 8 de mayo de 2007 (RJ 2007\2873). Sin embargo, simultáneamente, se sostuvo la inoponibilidad del dolo eventual en el ámbito del SOA (tironeros, kamicaces, daños causados por el ladrón del vehículo al propietario, a la policía o a terceros durante la huida, o a terceros en el curso de la actuación dolosa contra determinados sujetos y la preterintencionalidad), como en la STS de 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006\8360). En una cuarta etapa, se sostiene la oponibilidad en el ámbito del seguro obligatorio y la inoponibilidad en el marco del seguro voluntario (STS de 20 de marzo de 2013, RJ 2013\8070) e incluso se afirma que, aunque se haya empleado el automóvil como un instrumento de la ejecución de un hecho doloso, «ello no excluye, necesariamente, la posibilidad de considerar su utilización como un hecho de la circulación» (STS de 26 de mayo de 2020, RJ 2020\1501).

relación con la realidad o con el objeto del litigio principal y, en consecuencia, que esta cuestión prejudicial es inadmisibile».

La respuesta, en el ámbito del seguro obligatorio, podría haberla proporcionado la Directiva 2021/2118. El Parlamento Europeo incorporó dos enmiendas -un nuevo considerando y una mención expresa en el articulado- para que la utilización de un vehículo como arma para cometer un acto violento o terrorista fuera cubierta por el organismo de garantía<sup>59</sup>. Esto suponía incluirlos dentro del ámbito de cobertura de la Directiva, algo sobre lo que se pronunciaron en contra los aseguradores españoles y europeos (el *Insurance Europe*). El 21 de octubre de 2021, el Parlamento Europeo sustituyó las anteriores enmiendas por el texto que ha pasado como considerando 9 a la Directiva aprobada, en el que se reconoce que algunos Estados miembros (como es el caso del nuestro) tienen en su legislación disposiciones relativas a la utilización de vehículos como medio para causar deliberadamente daños corporales o materiales y que excluyen tales daños del seguro obligatorio o bien permiten a la aseguradora reclamar al responsable de la lesión o de los daños el importe de la indemnización del seguro abonada al perjudicado. Ese considerando no se queda en una simple constatación de la realidad jurídica existente, sino que el legislador europeo va un paso más allá, al afirmar que, para no reducir la protección conferida por la Directiva 2009/103, «solo deben autorizarse tales prácticas jurídicas si un Estado miembro garantiza que, en tales casos, los perjudicados sean indemnizados por esos daños de la manera más similar posible a cómo se les indemnizaría en virtud de la Directiva 2009/103/CE. A menos que el Estado miembro haya previsto tal mecanismo o garantía alternativa de indemnización, garantizando la indemnización de los perjudicados por tales daños de la manera más similar posible a cómo se les indemnizaría en virtud de la Directiva 2009/103/CE, dichos daños deben quedar cubiertos de conformidad con dicha Directiva». Sin embargo, de manera

---

<sup>59</sup> DOUE n° C 449, de 23 de diciembre de 2020. La enmienda 20, con este texto: «Cdo. 13 bis) Para promover un enfoque coherente para los perjudicados como consecuencia de incidentes en los que se utilice un vehículo de motor como arma para cometer un delito violento o un acto terrorista, los Estados miembros deben garantizar que sus organismos de indemnización, creados o autorizados de conformidad con el artículo 10 de la Directiva 2009/103/CE, gestionen todas las reclamaciones derivadas de tales actos». Y la enmienda 33, relativa al artículo 1.1 de la Propuesta de Directiva (correspondiente al artículo 10.1 de la Directiva 2009/103), al que proponía añadir un nuevo punto (3 bis): *En el artículo 10, el párrafo primero del apartado 1 se sustituye por el texto siguiente: «Cada Estado miembro creará o autorizará un organismo que tendrá por misión indemnizar, al menos hasta los límites de la obligación del aseguramiento a que se refiere el artículo 9, apartado 1, o hasta los límites de garantía que fije el Estado miembro, de ser estos superiores, los daños materiales o corporales causados por un vehículo no identificado o por el cual no haya sido satisfecha la obligación de aseguramiento mencionada en el artículo 3, en particular en relación con los incidentes en los que se utilice un vehículo de motor como arma para cometer un delito violento o un acto terrorista».*

sorprendente, la Directiva finalmente aprobada, tras el Acuerdo alcanzado entre el Parlamento Europeo y el Consejo, sólo recoge el mencionado considerando y no así la parte dispositiva, al no haberse modificado el artículo 10.1, párrafo 1º de la Directiva 2009/103 en el sentido propuesto por el Parlamento<sup>60</sup>. La Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea de 8 de julio de 2016<sup>61</sup> señala que «debe prescindirse de considerandos que únicamente enuncien la conveniencia de adoptar disposiciones, sin indicar las razones que las justifican» (punto 10.5.2), aunque ello que no se corresponde con la literalidad del considerando que nos ocupa. Y manifiesta que debe «excluirse todo considerando que no presente interés para la justificación de la parte dispositiva, aunque con algunas excepciones» (punto 10.7). Sólo en caso de estar ante una de esas excepciones, el contenido del considerando podría tener trascendencia jurídica plena y a dicha previsión, que consideramos acertada<sup>62</sup>, debería adaptarse no sólo la legislación, sino también la doctrina de los tribunales españoles. Dada la general falta de valor normativo de los considerandos que no se sustentan en una parte dispositiva y ante la incertidumbre de si estamos ante una de las excepciones insinuadas por la Guía, parece que no existirá tal obligación y el considerando en este caso, pese a su redacción, pasaría a ser una simple sugerencia de una futura actuación normativa<sup>63</sup>.

## II.6. La protección de los perjudicados en caso de insolvencia de la aseguradora

Se plasma en la nueva Directiva una preocupación de las instituciones europeas que ya había sido objeto de regulación en países como el nuestro: la indemnización de los perjudicados como consecuencia de accidentes en caso de insolvencia de la entidad aseguradora del vehículo causante. A ella se refieren los considerandos 2 y 21 a 28, así como los nuevos artículos 10 *bis* y 25 *bis*, reguladores, respectivamente, de la protección

<sup>60</sup> *Position of the European Parliament adopted at first reading on 21 October 2021 with a view to the adoption of Directive (EU) 2021/... of the European Parliament and of the Council amending Directive 2009/103/EC relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such liability (EP-PE\_TC1-COD(2018)0168).*

<sup>61</sup> *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea*, Oficina de Publicaciones, 2016, <https://data.europa.eu/doi/10.2880/82280>.

<sup>62</sup> MORILLAS JARILLO (1993: 12-21).

<sup>63</sup> MARSON y FERRIS (2022:788) no se plantean las consecuencias de la falta de apoyo normativo del considerando, cuando afirman: «*Member States may allow insurers to exclude insurance coverage for motor vehicles used as a means of deliberate causing personal injury or damage to property, if there is in place a system, such as the national compensatory body, to accept responsibility for the payment of damages*».

de los perjudicados en accidentes que se hayan producido en su Estado miembro de residencia o en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia, en caso de insolvencia de la entidad aseguradora del responsable. Se trata de los dos únicos preceptos que, como hemos señalado, tienen una entrada en vigor anterior al resto de la Directiva, el 23 de junio de 2023, buena muestra del interés por adelantar la efectividad de estas importantes normas de protección de los perjudicados.

Por un lado, se establece la obligación de los Estados miembros de contar con un organismo de indemnización (nuevo o ya existente con funciones previas) encargado de la reparación de los daños corporales y materiales, al menos hasta los límites de aseguramiento obligatorio, a los perjudicados que residan en su territorio causados por un vehículo cuya entidad aseguradora esté en quiebra o en liquidación. Si los Estados miembros crean o autorizan a más de un organismo de indemnización, deben garantizar que los perjudicados tengan información sobre las formas de solicitar la indemnización, para comprender fácilmente a qué organismo deben dirigirse. Este organismo debe disponer de fondos suficientes para cumplir con esa función de indemnización; pero, si el Estado exige contribuciones financieras a las aseguradoras que operen en el ramo, sólo podrán ser aplicadas a las autorizadas por él.

Por otro, se reconocen derechos y se imponen deberes a dichos organismos de indemnización: deben ser competentes en todas las fases del procedimiento para solicitar información a los demás organismos, autoridades y partes interesadas en la Unión, para informar, ser informados y cooperar con ellos. Se les reconoce derecho de reembolso contra el organismo del Estado de origen de la aseguradora insolvente, así como derecho de subrogación contra el causante del daño (en la medida en la que su responsabilidad no estuviera cubierta por la aseguradora insolvente) y contra la aseguradora insolvente (en el supuesto de que el organismo del Estado de residencia haya indemnizado al perjudicado y no haya sido reembolsado por el organismo del Estado de origen de la aseguradora insolvente). El organismo del Estado miembro de origen de la entidad aseguradora debe informar a sus homólogos del inicio del procedimiento de quiebra o liquidación, así como abonar el reembolso solicitado en el plazo máximo de seis meses o el plazo pactado con el organismo que haya indemnizado.

Además, se reconoce al perjudicado acción directa para reclamar al organismo del Estado miembro en el que resida, aunque el accidente haya ocurrido en otro Estado, organismo que debe presentarle en el plazo de tres meses una oferta motivada (si es

responsable y se ha cuantificado el daño) o una respuesta motivada (si considera que no es responsable, que no se ha determinado la responsabilidad o no se ha cuantificado el daño) y proceder al abono de la indemnización sin demora o en el plazo máximo de tres meses a partir de la aceptación por el perjudicado de la oferta motivada. Los Estados miembros no podrán autorizar al organismo de garantía a supeditar el pago de la indemnización a requisitos distintos de los establecidos en la Directiva, en particular, a la obligación de que el perjudicado demuestre que la persona física o jurídica responsable no puede pagar o se niega a hacerlo.

Por último, se impone el deber de cooperación entre los organismos de indemnización, que deben alcanzar un acuerdo antes del 23 de diciembre de 2023, y si no se logra, la Comisión actuará por delegación estableciendo las tareas y obligaciones procedimentales en relación con el reembolso (el nuevo art. 28 *ter* regula el ejercicio de la delegación). La Comisión también llevará a cabo el seguimiento y presentará un informe sobre la cooperación, el funcionamiento y la financiación de estos organismos de indemnización, que puede ir acompañado de una propuesta legislativa.

España es uno de los países en los que la protección de los perjudicados en accidentes de circulación en los casos en los que la entidad aseguradora es insolvente ya se había plasmado en normas. Se encomienda al CCS la indemnización de las víctimas de accidentes causados por vehículos asegurados con entidades aseguradoras insolventes: aquellas declaradas judicialmente en concurso de acreedores o que, habiendo sido disueltas y encontrándose en situación de insolvencia, estuvieran sujetas a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por el propio CCS [arts. 11.1, e) LRCSCVM y 11.3 ECCS].

Sin embargo, dichos preceptos no se acomodan plenamente al nuevo régimen instaurado por los arts. 10 *bis* y 25 *bis* de la Directiva. En primer lugar, porque imponen al CCS la obligación de indemnizar los daños a las personas y en los bienes cuando se encuentre en dicha situación la *entidad española aseguradora del vehículo con estacionamiento habitual en España*. Y, como hemos visto, la Directiva establece la necesidad de indemnizar a los perjudicados *con residencia en España*, con independencia de la nacionalidad de la aseguradora, del lugar de estacionamiento del vehículo y del lugar del accidente. En segundo lugar, porque la ley española atribuye acción directa al perjudicado contra el CCS «en los casos señalados en este artículo» (art. 11.3 LRCSCVM) y el Reglamento (art. 20.1 RSOA) la reconoce en los casos de los apartados a) y b) del

artículo 11.1, esto es, respecto de los siniestros ocurridos en España causados por vehículos desconocidos; los daños causados por vehículos con estacionamiento habitual en España no asegurados; y los daños producidos en España por vehículos con estacionamiento en países no firmantes del Acuerdo entre Oficinas Nacionales de Seguros y causados a perjudicados residentes aquí. Por el contrario, la Directiva consagra la acción directa del perjudicado contra el organismo de indemnización del Estado en el que resida en el supuesto de que la aseguradora del vehículo causante sea insolvente, con independencia del lugar del accidente, del lugar de estacionamiento del vehículo y de la nacionalidad de la aseguradora. En la misma línea, las actuales obligaciones del CCS en relación con los perjudicados relativas a la oferta o respuesta motivada sólo las menciona nuestra legislación en relación con las actuales funciones del CCS (art. 13 LRCSCVM; art. 18 RSOA), mientras que la Directiva establece de forma detallada esta obligación en relación con aseguradoras insolventes y perjudicados residentes en España. En cuanto al reembolso, la obligación del CCS de reintegrar lo abonado por los organismos de indemnización de otros Estados a los perjudicados se circunscribe en nuestra legislación vigente a vehículos causantes del accidente con estacionamiento habitual en España o con estacionamiento habitual en terceros países adheridos al Sistema del Certificado Internacional del Seguro, en caso de que no pueda identificarse a la entidad aseguradora; y a accidentes ocurridos en España, en el caso de que no pueda identificarse al vehículo causante [art. 11, f) LRCSCVM; art. 20 RSOA]. Por el contrario, la Directiva establece la necesidad de reembolsar al organismo de indemnización del Estado de residencia del perjudicado cuando la aseguradora insolvente haya sido autorizada por España, con independencia del lugar del accidente y del lugar del estacionamiento habitual del vehículo. Por último, el derecho de reembolso del CCS frente al organismo de indemnización del Estado de origen de la aseguradora y contra la aseguradora insolvente o el causante del accidente no lo contempla nuestra legislación en caso de insolvencia de la aseguradora del vehículo causante. El Documento de Consulta Pública antes mencionado sólo señala la necesidad de adecuar las funciones del CCS, extendiéndolas «a los casos de insolvencia de las aseguradoras de la responsabilidad civil obligatoria de automóviles cuando son de nacionalidad extranjera y operan en España en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios».

### **III. OTRAS NORMAS Y UN POSIBLE TEMA FUTURO**

### **III.1. Los controles del seguro y la protección de datos**

El control de la existencia del seguro en las fronteras ha sido visto como un obstáculo a la libre circulación de personas, de ahí la tradicional preocupación de las instituciones europeas, presente en incluso en el título de la Primera Directiva.

La Directiva 2021/2118 reitera la prohibición general de efectuar controles del seguro tanto a vehículos que tengan su estacionamiento habitual en otro Estado miembro, cuanto a vehículos que tengan su estacionamiento habitual en un tercer país y que entren en el territorio desde el de otro Estado miembro (con excepciones, si se cumplen ciertos requisitos); y sigue permitiendo efectuar controles al resto de vehículos extranjeros. En cuanto a las excepciones a la prohibición, en su redacción original, el artículo 4 de la Directiva 2009/103 admitía controles no sistemáticos del seguro siempre que no fueran discriminatorios y que se efectuasen como parte de un control no dirigido exclusivamente a la comprobación del seguro. Por su parte, la nueva norma europea autoriza excepciones a la prohibición de control del seguro si cumplen estos requisitos: que no sean discriminatorios; que sean necesarios y proporcionados; que se efectúen como parte de un control que no vaya dirigido exclusivamente a la comprobación del seguro; que formen parte de un sistema general de controles que se realicen asimismo con respecto a vehículos que tengan su estacionamiento habitual en el territorio del Estado miembro que realiza los controles; y que no requieran la detención del vehículo. En cuanto a esto último, se señala que los nuevos avances tecnológicos de reconocimiento automático de matrículas permiten comprobar el seguro de los vehículos sin detenerlos y, por tanto, sin interferir con la libre circulación de personas (cdo. 16). Este condicionante nos parece tan bien intencionado como contradictorio con los anteriores: si sólo cabe realizar controles del seguro en el marco de los efectuados con otras finalidades (control de alcoholemia o de drogas, prevención o persecución de delitos, por ejemplo), no alcanzamos a comprender cómo va a ser posible lograr esos objetivos sin la detención del vehículo.

La legislación española vigente admite controles a vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de un Estado miembro del EEE y a vehículos que, teniendo su estacionamiento habitual en un tercer país, entren en España desde otro Estado miembro, siempre que sean no sistemáticos, no discriminatorios y que se efectúen como parte de un control que no vaya dirigido exclusivamente a la comprobación del seguro (art. 2.4 LRCSCVM). Sin embargo, permite realizar controles a los vehículos extranjeros de países no miembros del EEE que no estén adheridos al Acuerdo entre las oficinas

nacionales de seguros de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo y de otros Estados asociados a Sistema del Certificado Internacional de Seguro y que pretendan acceder al territorio nacional, autoriza a las autoridades aduaneras españolas que les exijan la suscripción de un seguro obligatorio que reúna, al menos, las condiciones y garantías establecidas en la legislación española y, en su defecto, obliga a denegarles dicho acceso (art. 2.3 LRCSCVM). Como se puede comprobar, no se menciona a los vehículos con estacionamiento habitual en un Estado no miembro del EEE pero adherido al Sistema del Certificado Internacional del Seguro y que entren en España sin proceder de un Estado miembro del EEE, pero carece de sentido que no sea posible realizarles control alguno, ni siquiera esos controles no sistemáticos.

Relacionada con el tema del control del seguro está la cuestión de la protección de datos personales, novedad de la Directiva 2021/2118 (cdos. 17 y 18 y art. 4.2). Podrá procederse al tratamiento de datos personales cuando sea necesario a efectos de combatir la conducción de vehículos sin seguro en Estados miembros que no sean aquel en cuyo territorio tenga su estacionamiento habitual el vehículo. Los datos tratados exclusivamente con el fin de llevar a cabo un control del seguro solo se conservarán mientras sea necesario para ello y se suprimirán en su totalidad tan pronto como se logre ese fin. El tratamiento se llevará a cabo cumpliendo lo dispuesto en el Reglamento general de protección de datos<sup>64</sup>, es decir, con medidas adecuadas para preservar los derechos y libertades y los intereses legítimos del sujeto afectado.

### III.2. Los certificados de antecedentes siniestros

Es ésta una vieja preocupación de las instituciones europeas, introducida en la Quinta Directiva, régimen que ahora se perfecciona con los considerandos 2, 31, 37, 39 y 40 y los artículos 16 y 28 *quáter*, a la luz de la difusión en la práctica de las aseguradoras de automóviles de los sistemas de tarificación que tienen en cuenta el historial de siniestralidad del conductor para la aplicación de descuentos o recargos (sistemas *bonus/malus*)<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE n° L 119, de 4 de mayo de 2016). La adaptación de nuestra legislación a este Reglamento general se lleva a cabo por medio de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE n° 294, de 6 de diciembre de 2018).

<sup>65</sup> Sobre este extendido sistema, sus ventajas e inconvenientes: MORILLAS JARILLO (1992: 502-508).

Se mantiene el reconocimiento al titular de la póliza del derecho a que, en el plazo de quince días desde su solicitud, se le expida un certificado de antecedentes siniestros, esto es, un documento en el que consten los siniestros que hayan generado responsabilidad civil en relación con el vehículo cubierto por la póliza, al menos en los cinco años anteriores de la relación contractual (o el plazo inferior de duración de ésta, hay que entender) o la ausencia de tales siniestros.

Las novedades estriban, primero, en el necesario reconocimiento de validez de los certificados emitidos por las entidades u organismos de otros Estados miembros, de manera que, cuando se tengan en cuenta para determinar las primas, se traten de manera equivalente a los expedidos en el Estado miembro concernido. Además, se ponen límites a su utilización, en el sentido de que se prohíbe a las entidades aseguradoras tratar a los titulares de las pólizas de manera discriminatoria o aplicarles recargos en la prima por razón de su nacionalidad (previsión en plena consonancia con la general prohibición de discriminación por razón de nacionalidad de los arts. 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) o basándose *únicamente* -dicen el considerando 31 y artículo 16, párrafo 3º de la Directiva-, en su anterior Estado de residencia. Esta redacción parece dejar abierta la puerta a recargos y discriminaciones basados en la anterior residencia en otro Estado miembro si va acompañada de la toma en consideración de otras circunstancias, algo que no nos parece admisible. Por último, se impone a las entidades de seguros el deber de publicar una sinopsis general de sus políticas en materia de uso de tales certificaciones a la hora de calcular las primas; aunque, lógicamente, no estarán obligadas a difundir información delicada desde el punto de vista comercial, como los pormenores sobre las normas tarifarias. Para facilitar esta utilización transnacional, se van a homogeneizar el formato y el contenido de la certificación, a cuyo efecto la Comisión aprobará una plantilla antes del 23 de julio de 2023. Además, supervisará la aplicación de la Directiva en relación con el número de quejas relativas a las certificaciones de antecedentes siniestros y, antes del 24 de diciembre de 2030, emitirá un Informe del «uso por parte de las entidades aseguradoras de sistemas en los que las certificaciones de antecedentes siniestros de los titulares de una póliza influyen en la determinación de las primas, entre otros, los sistemas de bonificación y penalización o la “bonificación por no siniestralidad”» [art. 28 quáter.2, d)].

Nuestro Ordenamiento ya reconoce el derecho del propietario del vehículo y del tomador del seguro a obtener, en el plazo de quince días, una certificación acreditativa de los siniestros de los que se derive responsabilidad frente a terceros, correspondientes a los cinco últimos años de seguro, si los hubiere o, en su caso, una certificación de ausencia de siniestros (art. 2.7 LRCSCVM, que incorporaba el contenido del cdo. 19 y del art. 4 *ter*, añadido por la Quinta Directiva). Por lo tanto, únicamente será necesario que nos adaptemos al nuevo formato, garantizar ese reconocimiento de los certificados expedidos fuera de España y cumplir los límites establecidos para su utilización.

### **III.3. Los comparadores de seguros**

Es novedosa la regulación que lleva a cabo la Directiva de 2021 de las herramientas que permiten a los consumidores comparar precios, tarifas y coberturas entre aseguradores de la responsabilidad civil automovilística y de la que se ocupan sus considerandos 2 y 33 y el artículo 16 *bis*. Se mencionan dos tipos de ellas: las herramientas públicas de comparación de precios, gestionadas por una autoridad pública, y las herramientas independientes de comparación de precios. En cuanto a las segundas, para poder recibir esa denominación, deben ser certificadas por el Estado miembro, siempre y cuando cumplan esta larga lista de requisitos: ser funcionalmente independientes de los prestadores del seguro obligatorio; estar abiertas a todo prestador del seguro obligatorio, garantizando que todos reciban el mismo trato en los resultados de las búsquedas; indicar claramente la identidad de los propietarios y operadores de la herramienta de comparación; establecer los criterios claros y objetivos en los que se basa la comparación; utilizar un lenguaje sencillo e inequívoco; proporcionar información pertinente, precisa y actualizada e indicar el momento de la actualización más reciente; incluir una amplia gama de ofertas que abarque una parte significativa del mercado de seguros de vehículos automóviles y, cuando la información que se presente no proporcione una visión completa de dicho mercado, facilitar al usuario una declaración clara a tal efecto antes de mostrar los resultados; ofrecer un procedimiento eficaz para señalar errores en la información; e incluir una declaración en el sentido de que los precios se basan en la información facilitada y no son vinculantes para los aseguradores.

La legislación española específica del seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística no regula esta materia, pero, en las normas sobre distribución de seguros, se regulan ciertos comparadores como categoría de intermediarios de seguros<sup>66</sup>.

#### **III.4. El posible tema futuro**

La Directiva 2021/2118 se cierra con una declaración de la Comisión en la que reitera su compromiso de defender un alto grado de protección de las víctimas y garantizar que, incluso en situaciones transfronterizas, sean indemnizadas lo más rápidamente posible, sin quedar sujetas a requisitos procesales desproporcionados que puedan dificultar su acceso a una indemnización. Puesto que la eficacia de la compensación depende en gran medida de si la reclamación se presenta a su debido tiempo, la Comisión toma nota «de las preocupaciones expresadas reiteradamente por el Parlamento Europeo en relación con las diferencias entre los Estados miembros en relación con los plazos de prescripción, es decir, el plazo pertinente durante el cual una parte perjudicada puede presentar una reclamación» y se compromete a estudiar detenidamente esta cuestión y posibles soluciones para reforzar aún más la protección de las víctimas, en caso de que las pruebas demuestren que está justificada una acción a escala de la Unión.

Hay que recordar que, aunque el plazo de ejercicio de las acciones que derivan de los contratos de seguros de daños es de dos años (art. 23 LCS), dicho plazo no es al que debe atenderse el perjudicado, puesto que el artículo 7 LRCSCVM fija en un año el de ejercicio de su acción directa para exigir al asegurador la reparación de los daños; plazo de prescripción de un año que, con carácter general, el artículo 1968 Cc establece para la acción de responsabilidad extracontractual.

#### **IV. CONCLUSIONES**

El seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor ha ido evolucionando de la mano de las Directivas y, de manera muy destacada, de la doctrina del TJUE. De la plena libertad inicial que el Derecho europeo otorgaba a los Estados miembros, se ha pasado a un régimen cada vez más detallado del contenido del

---

<sup>66</sup> Artículos 129, 134 y 135 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (*BOE* n<sup>o</sup> 31, de 5 de febrero de 2020). Estos preceptos trasponen el artículo 2 (con el que está relacionado el considerando 12) de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (*DOUE* n<sup>o</sup> L 26, de 2 de febrero de 2016).

seguro, con marcadas repercusiones en la aún afirmada competencia nacional sobre la regulación de la responsabilidad civil.

La Directiva 2021/2118 avanza en la concreción de ese régimen de forma y con alcance diverso y hay en ella, podríamos decir, algo viejo y algo nuevo. Vuelve sobre el tema del control del seguro, sin arrojar demasiada luz sobre las excepciones a la prohibición de control de los vehículos con estacionamiento habitual en o procedentes de un Estado miembro del EEE. Perfecciona el régimen de la certificación de los antecedentes siniestros, lo que exigirá el reconocimiento a los expedidos fuera de España, sin poder utilizarlos como elementos de discriminación por razón de nacionalidad, aunque resulta inquietante que la Directiva señale que las entidades no pueden incurrir en discriminaciones ni aplicar recargos en la prima basados «únicamente» en el anterior Estado miembro de residencia del titular de la póliza, como si, en unión de otras circunstancias, sí fuera ello posible atendiendo a la previa residencia del titular de la póliza en otro Estado miembro. Añade la Directiva una nueva función que necesariamente deberá desarrollar el organismo de indemnización o el designado a tal efecto por el Estado miembro, la protección de los perjudicados en caso de insolvencia de la aseguradora del vehículo causante. Ello obligará a reformar antes del 23 de junio de este año 2023 la regulación de una tarea que ya tiene encomendada el CCS, para que pase a indemnizar a los perjudicados que residan en España, con independencia de la nacionalidad de la aseguradora insolvente y aunque el vehículo no tenga su estacionamiento habitual en nuestro país. En otras materias, por el contrario, la Directiva no se muestra coercitiva, como en el nuevo tema de los comparadores de seguros, pues disciplina las condiciones que deben reunir sólo si los Estados eligen establecer un sistema de certificación de las herramientas independientes de comparación de seguros de vehículos automóviles, necesaria, eso sí, para que puedan denominarse de esta manera.

La regulación europea obliga a replantear la tradicional visión de un mecanismo que está y debe seguir estando plenamente orientado a la protección de las víctimas y de los perjudicados. De un seguro que se interpretaba referido a la responsabilidad civil del asegurado, entendiendo por tal al conductor, fuera o no propietario, se pasó a la inclusión en dicha categoría del propietario no conductor del vehículo, en ciertos supuestos (art. 1.3 LRCSCVM), tras la reforma de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, texto refundido aprobado por el Decreto 632/1968, de

21 de marzo<sup>67</sup>, por la Disposición Adicional 8<sup>a</sup> de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre<sup>68</sup>. Propietario que, por cierto, puede tener también la condición de perjudicado en lo que a sus daños corporales respecta (art. 5.2 LRCSCVM; art. 12.2 Directiva 2009/103). Por añadidura, se considera que las Directivas relativas al seguro obligatorio no limitan la cobertura a la responsabilidad civil de una categoría determinada de personas, como el conductor del vehículo, por lo que se afirma que el seguro no sólo cubre la responsabilidad civil derivada de la conducción de vehículos, sino también de otras utilidades de estos y de utilidades realizadas por personas distintas del conductor (STJUE de 15 de noviembre de 2018, *BTA Baltic Insurance Company*). Si el propietario puede ser considerado responsable y perjudicado y la conducta de un ocupante del vehículo puede desencadenar la cobertura del seguro, siendo así que los ocupantes están naturalmente comprendidos en la categoría de perjudicados cuando el daño ha sido causado por el conductor del vehículo en el que viajan, cabe plantearse si, a la inversa, no podrían quedar comprendidos en la cobertura del seguro los daños personales del propio conductor del único vehículo implicado en el accidente si ha sido un ocupante del mismo el que lo ha provocado, lo que llevaría a modificar la tajante exclusión que aparece en el artículo 12.1 de la Directiva 2009/103 y en el artículo 5.1 de la LRCSCVM.

El propio vehículo de motor se interpreta de forma objetiva, sin que influya la intención del propietario del vehículo o de otra persona de utilizarlo efectivamente (STJUE de 4 de septiembre de 2018, *Fundo de Garantia Automóvel*); y, de manera amplia, para incluir expresamente en él a elementos carentes de motor, pues comprende al remolque «tanto enganchado como no enganchado» (art. 1.1 Directiva 2009/103; art. 1.1 RSOA). El concepto de circulación se formula por vez primera y se hace independizándolo de la idea de movimiento, porque la cobertura del seguro se presta cuando el vehículo está inmovilizado, con independencia del tiempo que lleve así o aunque el motor no estuviera en marcha en el momento del siniestro (art. 1 *bis* Directiva 2009/103; STJUE de 28 de noviembre de 2017, *Rodrigues de Andrade*). También resultan indiferentes las características del terreno en el que se utilice el vehículo (art. 1 *bis* Directiva 2009/103; STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Núñez Torreiro*), lo que lleva a recomendar la reforma del artículo 2.1 RSOA. Por el contrario, es determinante que el vehículo se utilice como medio de transporte en el momento del accidente (art. 1 *bis*

---

<sup>67</sup> BOE n° 85, de 8 de abril de 1968.

<sup>68</sup> BOE n° 268, de 30 de noviembre de 1995.

Directiva 2009/103; STJUE de 4 de septiembre de 2014, *Vnuk*; STJUE de 28 de noviembre de 2017, *Rodrigues de Andrade*) lo que exige ponderar en cada caso concreto cuál ha sido la utilización principal, cuando se trata de vehículos que son medio de transporte y maquinaria de trabajo.

En el marco de esta finalidad tuitiva del perjudicado, se entiende que la Unión Europea empiece a tomar en consideración un tema tan debatido como los daños causados con dolo del conductor; pero, precisamente por ello, resulta chocante que se haya quedado a mitad del camino en su resolución. Lo que, por otro lado, deja abierto el debate existente en nuestro país respecto a esta cuestión y el espacio para fallos judiciales por completo divergentes.

De la misma manera, nos parece insatisfactorio que la definición de vehículo de motor no obligue a los Estados miembros a incluir en el ámbito del deber de aseguramiento a los vehículos de movilidad personal, pese al indudable riesgo que presentan, por las características de estos vehículos, de sus conductores y de los lugares por donde (aunque sea infringiendo las normas) circulan. Dejar libertad a los Estados miembros para establecer o no la exigencia de un seguro, la cobertura de los daños por su organismo de indemnización y el alcance territorial de la protección que preste este organismo merma de forma considerable la armonización a la que deben aspirar las Directivas. Y permite que, en el caso español, siga habiendo regímenes distintos a nivel local, con la consiguiente inseguridad jurídica para quienes pueden resultar perjudicados por un vehículo de este tipo, pero también para quienes los utilizan. Por lo que esperamos que nuestro legislador estatal, en uso de esa libertad, los incluya en el deber de aseguramiento.

El tema de los accidentes con implicación de remolques no queda bien resuelto, porque la regulación de la Directiva es confusa. Por un lado, parece estar pensando en que el perjudicado es una persona ajena o extraña a este tipo de vehículos y, por otro, la consideración como vehículos tanto de la cabeza tractora cuanto del remolque no se traduce en la posibilidad de ejercitar acciones, en caso de que cuenten cada uno con su propio seguro obligatorio, contra las aseguradoras de cada uno. No se pronuncia sobre si el titular del remolque o el propietario de la carga transportada en él pueden ser considerados perjudicados en caso de un accidente causado por el conductor de la cabeza tractora, cuando ésta y el remolque son vehículos de sujetos distintos y cuentan cada uno con su propio seguro, aunque sobre este tema hay un claro pronunciamiento del Tribunal

de Justicia (STJUE de 10 de junio de 2021, *Van Ameyde*) y, en el caso español, la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2021, de los que discrepamos.

Finalmente, para terminar por donde empezamos, nos parece que la eliminación del término «víctima» y su sustitución por «perjudicado», aunque se presenta en la Directiva como algo inocuo, puede ser una fuente de problemas en lo tocante a la determinación de las cuantías mínimas de aseguramiento obligatorio. Y aunque España cumple con creces los mínimos y los fija por siniestro y no por víctima (ahora, perjudicado), el ámbito territorial de la cobertura de este seguro obligatorio y su adaptación a las exigencias de la legislación del lugar el accidente puede generarlos para las aseguradoras de vehículos estacionados habitualmente en nuestro país.

### **Bibliografía**

- ARROYO APARICIO, A. (2022), «Vehículos autónomos, responsabilidad y seguro. Avances legislativos y perspectivas», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 1 (pp. 1-22, versión electrónica [BIB 2022\1160]).
- BADILLO ARIAS, J. A. (2016), *La responsabilidad civil automovilística. El hecho de la circulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- MARSON, J. y FERRIS, K. (2022), «Changing Lanes and Removing Rights: Quashing the Judicial Activism of the Court of Justice through Directive 2021/2118», *European Law Review*, núm. 6, diciembre de 2022 (pp. 773-790).
- MAYOR CIVIT, J. M. (2021), «El seguro obligatorio de un camión, el de su remolque, los daños producidos y cuestiones paralelas, a la luz de la STS de Pleno, de fecha 07.10.2021», *Revista Española de Seguros*, núm. 188, octubre-diciembre 2021 (pp. 711-764).
- MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup> J. (1992), *El seguro del automóvil: el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*, J, M<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona.
- (1993) «El dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil», *Revista Derecho de los Negocios*, núm. 32, mayo de 1993 (pp. 12-21).
- REGLERO CAMPOS, L. F. (2018), *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (4<sup>a</sup> edic.).
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2022), «El daño voluntariamente causado. Una propuesta de reforma del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro», *CEF Legal, Revista práctica de derecho*, núm. 261, octubre de 2022 (pp. 5-48).

ZORNOZA SOMOLINOS, A. (2021), *Vehículos automatizados y seguro obligatorio de automóviles. Estudio de Derecho comparado*, Dykinson, Madrid.

### ***Relación jurisprudencial***

#### ***Tribunal de Justicia de la Unión Europea***

STJUE (Sala Quinta) de 14 de septiembre de 2000, asunto C-348/98, Vitor Manuel Mendes Ferreira y Maria Clara Delgado Correia Ferreira vs. Companhia de Seguros Mundial Confiança SA, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Comarca de Setúbal (Portugal) (ECLI:EU:C:2000:442).

STJUE (Sala Primera) de 30 de junio de 2005, asunto C-537/03, Katja Candolin, Jari-Antero Viljaniemi y Veli-Matti Paananen vs. Vahinkovakuutusosakeyhtiö Pohjola y Jarno Ruokoranta, petición de decisión prejudicial planteada por Korkein oikeus – (Finlandia) (ECLI:EU:C:2005:417).

STJUE (Sala Primera) de 19 de abril de 2007, asunto C-356/05, Elaine Farrell vs. Alan Whitty, Minister for the Environment, petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Irlanda), (ECLI:EU:C:2007:229).

STJUE (Sala Segunda) de 17 de marzo de 2011, asunto C-484/09, Manuel Carvalho Ferreira Santos vs. Companhia Europeia de Seguros, S.A., petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação do Porto (Portugal) (ECLI:EU:C:2011:158).

STJUE (Sala Tercera) de 9 de junio de 2011, asunto C-409/09, José Maria Ambrósio Lavrador y Maria Cândida Olival Ferreira Bonifácio vs. Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial AS, petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) (ECLI:EU:C:2011:371).

STJUE (Gran Sala) de 23 de octubre de 2012, asunto C-300/10, Vítor Hugo Marques Almeida vs. Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial SA, Jorge Manuel da Cunha Carvalheira, Paulo Manuel Carvalheira Fundo de Garantia Automóvel, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Guimarães (Portugal) (ECLI:EU:C:2012:656).

STJUE (Sala Segunda) de 24 de octubre de 2013, asunto C-277/12, Vitālijs Drozdovs contra Baltikums AAS, petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākās tiesas Senāts (Letonia) (ECLI:EU:C:2013:685).

STJUE (Sala Tercera) de 4 de septiembre de 2014, asunto C-162/13, Damijan Vnuk vs. Zavarovalnica Triglav d.d., petición de decisión prejudicial de Vrhovno sodišče (Eslovenia) (ECLI:EU:C:2014:2146).

- STJUE (Gran Sala) de 28 de noviembre de 2017, asunto C-514/16, Isabel Maria Pinheiro Vieira Rodrigues de Andrade, Fausto da Silva Rodrigues de Andrade y José Manuel Proença Salvador, Crédito Agrícola Seguros, Companhia de Seguros de Ramos Reais, S.A., Jorge Oliveira Pinto, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Guimarães (Portugal) (ECLI:EU:C:2017:908).
- STJUE (Sala Sexta) de 20 de diciembre de 2017, asunto C-334/16, José Luis Núñez Torreiro y AIG Europe Limited, Sucursal en España, anteriormente Chartis Europe Limited, Sucursal en España, Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (Unespa), petición de decisión prejudicial planteada por la AP de Albacete (España) (ECLI:EU:C:2017:1007).
- STJUE (Sala Sexta) de 15 de noviembre de 2018, asunto C-648/1, BTA Baltic Insurance Company AS, anteriormente Balcia Insurance SE, y Baltijas Apdrošināšanas Nams AS, petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa (Tribunal Supremo, Letonia) (ECLI:EU:C:2018:917).
- STJUE (Sala Segunda) de 20 de junio de 2019, asunto C-100/18, Línea Directa Aseguradora, S.A. y Segurcaixa, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, petición de decisión prejudicial planteada por el TS (España) (ECLI:EU:C:2019:517).
- STJUE (Sala Quinta) de 10 de junio de 2021, asunto C-923/19, Van Ameyde España, S.A., vs. GES, Seguros y Reaseguros, S.A., petición de decisión prejudicial planteada por el TS (España) (ECLI:EU:C:2021:475).

### ***Tribunales españoles***

#### *Tribunal Supremo*

- STS (Sala de lo Penal) de 10 de julio de 1995 (RJ 1995\5438)
- STS (Sala de lo Penal) de 24 de octubre de 1997 (RJ 1997\7768)
- STS (Sala de lo Penal) de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997\3637)
- STS (Sala de lo Penal) de 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006\8360)
- STS (Sala de lo Penal) de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007\2125)
- STS (Sala de lo Penal) de 8 de mayo de 2007 (RJ 2007\2873)
- STS (Sala de lo Penal) de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013\8070)
- STS (Sala de lo Penal) de 26 de mayo de 2020 (RJ 2020\1501)
- STS (Pleno de la Sala de lo Civil) de 7 de octubre de 2021 (RJ 2021\4490)
- STS (Pleno de la Sala de lo Penal) de 10 de febrero de 2022 (RJ 2022\902)
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>) de 28 de febrero de 2022 (RJ 2022\1098)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 25 de abril de 2022 (RJ 2022\2122)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 23 de junio de 2022 (RJ 2022\3247)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de septiembre de 2022 (JUR 2022\305147)

*Audiencias Provinciales*

SAP de Burgos (Sección 3ª) de 11 de abril de 2006 (JUR 2006\131652)

SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 6 de mayo de 2015 (JUR 2015\138253)

SAP de Valencia (Sección 11ª) de 31 de marzo de 2016 (JUR 2016\151830)

SAP de Huelva (Sección 2ª) de 22 de diciembre de 2021 (JUR 2017\59733)

## CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (V): ENERO-ABRIL 2023

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE

Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, *Civil*  
Catedrático de Derecho Civil (en excedencia)

### *Cómo citar / Citation*

García Vicente, J. R. (2023).

*Cuadernos de Derecho Privado*, 5, pp. 144-171

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.40>

\*Recepción: 11/04/2023; aceptación: 20/04/2023; publicación: 28/04/2023)

### **Resumen**

En esta ocasión nos detendremos en varias sentencias de Pleno del Tribunal Supremo, y ni siquiera todas, del periodo examinado. Unas se refieren a los ficheros de morosos y su conexión con el derecho al honor de los deudores (945/2022, de 20 de diciembre, 946/2022, de 20 de diciembre, 960/2022, de 21 de diciembre y 959/2022, de 21 de diciembre). En segundo lugar, la noción del orden público en el Derecho de sociedades de capital: Sentencia 942/2022, de 20 de diciembre. En tercer lugar, las importantes sentencias sobre el carácter usurario del interés remuneratorio en las llamadas tarjetas *revolving*: sentencias 257/2023, de 15 de febrero y 258/2023, de 15 de febrero. Por último, la Sentencia 129/2023, de 31 de enero, relativa a un seguro de invalidez vinculado a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria y a cuándo debe considerarse la fecha de siniestro, que se establece en coherencia con la doctrina fijada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

### **Palabras clave**

*Crédito revolving, derecho al honor, ficheros de solvencia patrimonial, interés usurario, orden público, seguro de invalidez.*

### **Abstract**

This article contains an analysis of certain judgements of the Spanish Supreme Court over the considered period. Some of them refer to the problem posed by blacklists of defaulters and their effects on the right to honour of the debtors (judgements 945/2022, December 20; 946/2022, December 20; 960/2022, December 21 and 959/2022, December 21). Others address the concept of public policy within the context of company law (judgement 942/2022, December 20). Some important judgements on the usurious character of the interest rate in contracts on revolving credit cards are reviewed too (judgements 257/2023, February 15, and 258/2023, February 15). Finally, we study judgment 129/2023, January 31, on a disability insurance policy linked to a mortgage credit. This last decision rules on the date in which the event must be considered to have happened, and it does so in accordance with the previous jurisprudence of the 4 Division (Labour and Social Security Law) of the Spanish Supreme Court.

### **Keywords**

*Revolving credit, right to honour, blacklist of defaulters, usury, public policy, disability insurance.*

1.- En esta ocasión, hay un buen número de sentencias de pleno que exigen que nos detengamos en ellas, siquiera sea porque, como advierte el Acuerdo de la propia sala (2017) conforman por sí mismas la “doctrina” a los efectos del recurso de casación por interés casacional, siempre que, claro es, sean la *ratio decidendi* de la sentencia en cuestión y pueda establecerse una semejanza esencial entre los respectivos supuestos de hecho.

Debemos decir que no siempre las sentencias de pleno responden a las expectativas que convocan antes de que sean dictadas. Hay ocasiones en que, quizá, la sala no encuentre las razones -o el consenso- que justifique formular, como *ratio decidendi* (interesan poco las, en ocasiones extensas, consideraciones *obiter dicta*) un entendimiento exclusivo y excluyente de alguna norma, con los efectos que tiene en el desenvolvimiento de otras instancias. Últimamente, sobre estas sentencias, véase C. Martínez Escribano: *La jurisprudencia civil en el marco constitucional y europeo*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 25 ss.

2.- En primer término, por tanto, daremos cuenta de las sentencias de pleno siguientes.

Por un lado, las cuatro sentencias que resuelven varios problemas referidos a los ficheros de morosos: en rigor, no son ficheros de “solvencia”, porque solo reflejan lo que se debe y no también lo que se tiene o puede tener. Son las sentencias [945/2022, de 20 de diciembre](#) (R. Sarazá Jimena); [946/2022, de 20 de diciembre](#) (R. Sarazá Jimena); [960/2022, de 21 de diciembre](#) (A. García Martínez) y [959/2022, de 21 de diciembre](#) (A. García Martínez); *infra* 4, i).

Por otro lado, la sentencia [942/2022, de 20 de diciembre](#) (Juan M<sup>a</sup> Díaz Fraile) que afronta la cuestión de si un acuerdo societario que arbitra de modo unilateral el valor de las participaciones sociales es contrario al orden público societario. Recuérdense, ahora, los artículos 205 y 206 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital* [LSC, en adelante], que distinguen los acuerdos contrarios al orden público y al resto de casos, lo que obliga a apurar el significado del orden público -único elemento para discernir entre regímenes impugnatorios-, por la trascendencia que tiene, siquiera sea a efectos de “caducidad” y de “legitimación” para impugnar de las acciones de impugnación.

Este es un caso legal -no el único, ni tampoco el primero- en el que el legislador elige primero un régimen jurídico de impugnación y luego unas causas. Lo primordial es -sigue siendo- ofrecer un régimen apropiado (*rectius*, “funcional”: que responda eficazmente a los fines que persigue) para responder a unas y otras infracciones (*infra* 4, ii).

En tercer lugar, las sentencias de pleno sobre el carácter usurario en las tarjetas *revolving*: sentencias [257/2023, de 15 de febrero](#) y [258/2023, de 15 de febrero](#) (Juan María Díaz Fraile e Ignacio Sancho Gargallo, respectivamente, véanse nuestra [Crónica III](#), sub 9, y la [Crónica IV](#), sub 4 (ii) en los números 3 y 4 de estos *Cuadernos*, respectivamente) -ya hay alguna sentencia que aplica su doctrina, así, sentencia [317/2023, de 28 de febrero](#) (Rafael Sarazá Jimena)- (*infra* 4, iii).

Después de estas dos sentencias la cuestión pendiente en sede de préstamos *revolving* es la relativa al control de transparencia de la cláusula de intereses, transparencia que resume últimamente la [STJUE, Sala Cuarta, de 16 de marzo de 2023, C-565/21, Caixabank, S.A. y X](#), en sus apartados 30 y 31:

*[30] El Tribunal de Justicia ha subrayado que la exigencia de transparencia que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 no puede limitarse al carácter comprensible de esas cláusulas desde un punto de vista formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (véase, en este sentido, la sentencia [Sala Cuarta] de [16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19](#), apartado 67 y jurisprudencia citada).*

*[31] Así pues, la mencionada exigencia debe entenderse en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de evaluar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencia [Sala Cuarta] de [16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19](#), apartado 67 y jurisprudencia citada).*

Sobre la cuestión, véase Manuel Jesús Marín López: “El control de transparencia material de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito *revolving*”, [Cesco 45 \(2023\)](#).

Por último, examinaremos la sentencia [129/2023, de 31 de enero](#) (Pedro Vela Torres) relativa a un seguro de invalidez vinculado a un contrato de préstamo con garantía

hipotecaria y a cuándo debe considerarse la fecha de siniestro, que se establece en coherencia con la doctrina fijada por la sala cuarta del Tribunal Supremo (*infra* 4, iv).

No hay, desafortunadamente, espacio en esta *Crónica* para examinar con un poco de detalle algunas de las interesantes sentencias de la sala ni tampoco para dar cuenta de otras resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha producido muchas y variadas en este periodo. Siquiera menciono ahora algunas de estas últimas.

La sentencia TJUE, Sala primera, [12 de enero de 2023, C-132/21](#), BE y Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság, aborda un asunto en el que debe decidir si son compatibles los procedimientos administrativo y civil de tutela respecto a la protección de datos. La STJUE [de 9 de febrero de 2023, C-555/21](#), UniCredit Bank Austria AG y *Verein für Konsumenteninformation*, concierne a la validez de la siguiente cláusula respecto a los efectos del reembolso anticipado de un crédito: “*los gastos de tramitación que no dependen de la duración del crédito no se reembolsarán, ni siquiera proporcionalmente*” (sobre esta, que parece rectifica la doctrina anterior del Tribunal, véase Encarna Cordero, [Cesco \[2023\]](#)).

En fin, la STJUE, Sala Cuarta, [16 de marzo de 2023, C-565/21](#), Caixabank, S.A. y X., resuelve una cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo respecto a la comisión de apertura. Sobre ella, como suelen, son de interés los comentarios por una parte de Fernando Pantaleón: “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo: dos vaticinios”, en [Almacén de derecho \(20 de marzo 2023\)](#) y, por otra, de Segismundo Álvarez Royo-Vilanova: [Hay Derecho \(27 de marzo de 2023\)](#).

**3.-** Sí me parece pertinente dar al menos noticia de dos cuestiones de constitucionalidad que se han suscitado en este periodo.

La primera la plantea la propia Sala primera del Tribunal Supremo, respecto al artículo 92.7 CC: [auto de 11 de enero de 2023](#) (José Luis Seoane Spielberg). En el caso se trataba de dilucidar qué efecto debía tener en la decisión sobre si procedía o no la custodia compartida la resolución judicial en el ámbito penal que consideraba que la denuncia suscitada por la madre respecto a una agresión física del otro progenitor, debía someterse al juicio oral -al parecer, había declaraciones contradictorias-. Es, salvo error por mi parte, la segunda ocasión en la que la sala primera del Tribunal Supremo formula una cuestión de constitucionalidad.

Hay, me parece, un notable desinterés por el uso correcto del término [“incurso”](#), más allá de la vaguedad con que se menciona un asunto de tanta gravedad.

El [auto de 11 de enero de 2023](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) formula una cuestión de constitucionalidad sobre el artículo 92.7 CC, en la senda de la impugnación del art. 94, párrafo cuarto CC (*“No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial”*) resuelta por la [STC, Pleno, 106/2022, de 13 de septiembre](#) (Santiago Martínez-Vares), FFJJ 3.º, 4.º y 5.º La sentencia contó con los votos particulares concurrentes de Juan Antonio Xiol, María Luisa Balaguer e Inmaculada Montalbán, referidos a la “ausencia de enfoque feminista en la sentencia”, que, a su entender, “ignora la perspectiva de género”.

Es esta sentencia se debatía la libertad de configuración del legislador o la posibilidad de que pudiera valorar *ex ante* y de modo abstracto el interés del menor sin remitir a la autoridad judicial su ponderación, puesto que respecto al *“interés del menor debe huirse de decisiones regladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves y que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, en que un progenitor esté incurso en un proceso penal, por atentar contra el otro progenitor —sea cónyuge, pareja sentimental o no mantenga relación sentimental o conyugal alguna— o contra sus hijos, o existan indicios fundados de ello”* (FJ 3.º). La constitucionalidad del precepto radica para el Tribunal Constitucional en que el art. 94 CC “no priva a la autoridad judicial de la decisión motivada en atención al interés del menor” y carece de automatismo.

Respecto al auto de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad del que doy noticia recordemos primero el tenor literal del apartado 7 del artículo 92 CC:

*“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la*

*integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”.*

La sala preguntó a las partes -como consta en el antecedente de hecho 2.º- y al Ministerio fiscal si era pertinente:

*“... plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la eventual contradicción del art. 92.7 del CC, con los arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad, 8 CEDH, que protege la vida familiar, 39, apartados 1, 2 y 4 CE, que consagra el principio del interés superior del menor, como igualmente hace el art. 3.1 de la Convención de los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con el art. 10.2 CE, en tanto en cuanto el precitado art. 92.7 CC impide la valoración de las concretas circunstancias concurrentes y veda, en cualquier caso, la opción de acordar una custodia compartida, sin la posibilidad del juego del principio de proporcionalidad y del interés superior del niño o de la niña, reputado como bien constitucional y de orden público por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.*

Como señala más adelante al formular las razones de su duda de constitucionalidad, fundamento de derecho 6.º:

*“Ahora bien, el art. 92.7 del CC, en su redacción vigente, no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que se atribuye a uno o a ambos progenitores, ni el efecto que desencadena en la relación con los hijos o hijas menores de edad, tampoco contempla su carácter doloso o culposo, ni las concretas circunstancias concurrentes que exijan un específico tratamiento individualizado. Opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna. Incluso basta que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se vede la custodia compartida.*

*Con ello, se subordina o posterga, sin posibilidad de valoración alternativa o tratamiento específico alguno, el interés de un menor, considerado como superior, primordial, bien constitucional y principio de orden público, susceptible, como tal, de limitar el núcleo tuitivo de los derechos fundamentales que entren en conflicto incompatible con dicho interés, en los supuestos en que uno de los padres se encuentre inserto en un proceso penal seguido por ilícitos comportamientos de tal clase, casos en los que su interés superior no puede ser ponderado, por el operador jurídico, sean cuales sean las circunstancias concurrentes”.*

Hay otra cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, en su [auto de 9 de febrero de 2023](#) (recurso n.º 674/2020) que se interroga sobre la compatibilidad entre la efectividad de la pensión compensatoria y los

límites a la embargabilidad de los ingresos del deudor de la pensión, en razón de la naturaleza no alimenticia de esta deuda -que impide, por ende, la aplicación de lo previsto en el art. 608 LEC-, en particular, se pregunta sobre si es constitucional el artículo 607 LEC:

*“en su proyección sobre la ejecución o el aseguramiento cautelar del derecho a percibir una pensión compensatoria por desequilibrio, judicialmente reconocido en una sentencia de divorcio o separación a favor de uno de los cónyuges frente al otro, por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, que abarca el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten (art. 24.1, 1117.3 y 118 de la Constitución), y al derecho fundamental a la igualdad ante la ley, sin discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución)”.*

4.- Como hemos dicho, referimos ahora, las sentencias de pleno siguientes:

(i) Sentencias [945/2022, de 20 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena); [946/2022, de 20 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena); [960/2022, de 21 de diciembre](#) (Antonio García Martínez) y [959/2022, de 21 de diciembre](#) (Antonio García Martínez).

Las cuestiones que resuelven estas cuatro sentencias son, en sustancia, dos: por un lado, cuándo puede entenderse bien hecho -y, sobre todo, acreditado- el requerimiento de pago que justifica que la intromisión sea legítima. Por otro lado, cuándo una deuda se tiene por cierta a los efectos de la intromisión, en donde la controversia posterior es irrelevante -y así se confirma la doctrina de la sentencia [832/2021, de 1 de diciembre](#) (Antonio García Martínez), fundamento de derecho 3.º, apartado 2-.

La cuestión del requerimiento -conforme a lo previsto en el art. 38.1 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal-*, sobre cuya vigencia no se plantea discusión, se remite a un problema de acreditación en razón de su naturaleza y finalidad. No hay medios de prueba preferentes ni tiene por qué exigirse un requerimiento fehaciente, sino que habrá pruebas bastantes o no; en otras palabras, si se ha comunicado bien es cosa que se resuelve en la valoración de la prueba hecha en la instancia. Así, por ejemplo, la sentencia [946/2022, de 20 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena) concluye en el apartado 4 de su fundamento de derecho 3.º:

*“En definitiva, debemos reiterar la jurisprudencia que afirma que «el requerimiento previo de pago es un acto de comunicación de carácter recepticio que exige una constancia razonable de la recepción de la comunicación por el destinatario, por más que existan diversos medios de probar tal recepción» (sentencias [672/2020, de 11 de diciembre](#) [Francisco J. Arroyo], [854/2021, de 10 de](#)*

*[diciembre](#) [José Luis Seoane Spiegelberg], [81/2022, de 2 de febrero](#) [Antonio García Martínez], [436/2022, de 30 de mayo](#) [Francisco J. Arroyo], y [604/2022, de 14 de septiembre](#) [Rafael Sarazá Jimena], entre las más recientes).”*

Una exposición más extensa de la función del requerimiento y de su carácter recepticio y del lugar en que debe debatirse la acreditación de que se ha conocido o podido conocer por el deudor, es la que nos ofrece la sentencia [960/2022, de 21 de diciembre](#) (Antonio García Martínez) que, en su fundamento de derecho 2.º, apartado 3, dice:

*“La doctrina jurisprudencial de esta sala (por todas, sentencias [660/2022, de 13 de octubre](#) [Franciso J. Arroyo]; [609/2022, de 19 de septiembre](#) [Franciso J. Arroyo]; [604/2022, de 14 de septiembre](#) [Rafael Sarazá]; [854/2021, de 10 de diciembre](#) [José Luis Seoane]; [563/2019, de 23 de octubre](#) [Eduardo Baena]; y [740/2015, de 22 diciembre](#) [Rafael Sarazá]) parte de la constatación de que el requerimiento de pago previo a la comunicación de los datos al fichero común de solvencia patrimonial no es simplemente un requisito formal cuyo incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. El requerimiento de pago previo es un requisito esencial que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro de deudas, sino de datos de personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado. Con la práctica de este requerimiento previo se impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación.*

*Ahora bien, en los últimos años, nuestra doctrina jurisprudencial ha precisado el enfoque funcional del requerimiento y potenciado su valoración en conexión con los fines que le atribuye la ley, lo que explica la diferencia de significación que hemos asignado a su omisión o práctica defectuosa en función de las circunstancias concretas de la deuda y la sorpresa para el interesado por la inclusión de sus datos en el fichero, y, por lo tanto, la casuística generada a la hora de determinar su relevancia de cara a la apreciación de la intromisión ilegítima en el derecho al honor, cuya concurrencia, pese a los defectos o falta del requerimiento en algunos casos, no siempre hemos declarado (sentencias ([609/2022, de 19 de septiembre](#) [Franciso J. Arroyo]; [422/2020, de 14 de julio](#) [Eduardo Baena]; o [563/2019, de 23 de octubre](#) [Eduardo Baena]).*

*Sobre la efectividad del requerimiento previo de pago hemos dicho que tiene un relevante aspecto fáctico que no tiene acceso al recurso de casación, pues este recurso extraordinario no tiene por objeto la revisión de la valoración de la prueba y de la fijación de los hechos realizada por los órganos de instancia (sentencia [604/2022, de 14 de septiembre](#) [Rafael Sarazá]), que cabe valorar jurídicamente, pero que no pueden ser modificados, sustituidos u obviados a través de una nueva valoración de la prueba que convertiría la casación en una tercera instancia.*

*Siendo este un límite que no cabe franquear ni siquiera en materia de derechos fundamentales, pues, aunque es doctrina reiterada que, cuando la resolución del*

*recurso de casación afecta a derechos fundamentales, la sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados, también lo es que este principio no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación solicitando del Tribunal Supremo que corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, o proponiendo una calificación que haga supuesto de dicha revisión, pues el objeto del recurso de casación se limita al examen de concretas infracciones del ordenamiento jurídico en virtud del llamado principio de especialidad, y en él no se pueden combatir de modo abierto las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida, solicitando una valoración conjunta de los medios de prueba o un examen exhaustivo de la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia pues esto convertiría el recurso en una tercera instancia, lo que ha sido rechazado con reiteración por esta sala (por todas, sentencia [572/2022, de 18 de julio](#) [María de los Ángeles Parra Lucán]).*

*De lo que se sigue, por lo que ahora interesa (lo que se refiere a la efectividad del requerimiento previo de pago), que solo pueden ser objeto del recurso de casación las cuestiones relativas a los criterios jurídicos aplicables al cumplimiento de dicho requisito, entre ellos, su carácter recepticio, puesto que el requerimiento no se puede considerar eficaz, atendida su finalidad, por el simple hecho de su emisión. Si bien, y dado que el art. 38 RLOPD no establece una forma especial de llevar a cabo el requerimiento previo, tampoco es necesaria, de cara a su validez, la fehaciencia de su recepción, que se puede considerar fijada a través de las presunciones o acreditada por cualquier medio de prueba ( sentencias [672/2020, de 11 de diciembre](#) [Francisco J. Arroyo], [854/2021, de 10 de diciembre](#) [José Luis Seoane], [81/2022, de 2 de febrero](#) [Antonio García Martínez], y [436/2022, de 30 de mayo](#) [Francisco J. Arroyo], entre las más recientes) siempre que exista garantía o constancia razonable de ella (sentencias [660/2022, de 13 de octubre](#) [Francisco J. Arroyo], [604/2022, de 14 de septiembre](#) [Rafael Sarazá], [854/2021, de 10 de diciembre](#) [José Luis Seoane], [672/2020, de 11 de diciembre](#) [Francisco J. Arroyo]), lo que, por depender de las circunstancias concurrentes en cada supuesto, habrá que determinar de forma inevitablemente casuística”.*

Respecto a cuándo se considera la deuda cierta o indudable en un caso en el que el carácter controvertido del crédito -al reputarse usurario- es “posterior” al requerimiento de pago, dice la sentencia [945/2022, de 20 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena), fundamento de derecho 5.º:

*“2.- En las sentencias de esta sala [13/2013, de 29 de enero](#) (Juan Antonio Xiol), [672/2014, de 19 de noviembre](#) (Rafael Sarazá Jimena), [740/2015, de 22 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena), [114/2016, de 1 de marzo](#) (Rafael Sarazá Jimena), y [174/2018, de 23 de marzo](#) (Rafael Sarazá Jimena), hemos realizado algunas consideraciones generales sobre esta cuestión: para la inclusión de los datos del deudor en ficheros relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias la deuda debe ser, además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable. Por tal razón, no cabe incluir en estos registros datos personales por razón de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio.*

3.- *Por lo general, hemos vinculado el cumplimiento de estos requisitos a la inexistencia de controversia sobre la deuda cuando se produce la comunicación de los datos al fichero de morosos, porque si el titular de los datos considera razonable y legítimamente que no debe lo que se le reclama, y así se lo ha hecho saber al acreedor, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afectado y por tanto el tratamiento de sus datos en uno de estos ficheros no es pertinente. Tampoco puede utilizarse la inclusión en el fichero de morosos como una medida de presión para zanjar disputas con el cliente sobre la existencia o cuantía de la deuda.*

4.- *En el caso objeto del recurso, el deudor formuló su primera reclamación sobre la pertinencia de la deuda con posterioridad a la inclusión de sus datos en el fichero de morosos. Antes de ese momento no había ofrecido siquiera restituir el capital del préstamo, a lo que el prestatario está obligado cuando el préstamo es usurario. Por tal razón, en el momento en que el acreedor comunicó sus datos personales al registro de morosos, no existía controversia entre las partes sobre la existencia de la deuda. Inmediatamente después de ser emplazada Wenance en el litigio en el que el demandante ejercitó la acción basada en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, que fue prácticamente simultáneo al emplazamiento en el litigio origen de este recurso pues las demandas se interpusieron en un intervalo de apenas dos días, el tratamiento de los datos del demandante en el fichero Asnef-Equifax fue cancelado.*

5.- *Sobre esta cuestión, en la sentencia [832/2021, de 1 de diciembre](#) (Antonio García Martínez), declaramos que, a efectos de considerar que la deuda no era cierta, no es relevante el cuestionamiento de la deuda hecho con posterioridad a su inclusión en el registro de morosos.*

6.- *Además de lo anterior, cuando el demandante obtuvo una sentencia favorable que declaró el carácter usurario del préstamo, tal declaración no le eximió de restituir a la prestamista la parte de capital pendiente de pago, pues de los 500 euros que le fueron prestados solo había restituido 250 euros. El demandante no ha objetado la afirmación de la prestamista de que, una vez fijada la cuantía de la deuda por la declaración de nulidad del préstamo por usurario (la restitución del capital, una vez deducido lo ya pagado), el prestatario sigue sin pagar lo que adeuda a la prestamista.*

7.- *Por lo cual, que sus datos fueran objeto de tratamiento en un fichero sobre solvencia patrimonial no vulnera su derecho al honor, por más que la cantidad comunicada al fichero no fuera la correcta, pues lo que vulnera el honor del afectado no es que la cuantía de la deuda que consta en el registro sea incorrecta, sino que se dé al afectado el tratamiento de moroso, incumplidor de sus obligaciones dinerarias, sin serlo.*

8.- *Sobre esta cuestión, en la sentencia [671/2021, de 5 de octubre](#) (Rafael Sarazá Jimena), declaramos que "lo verdaderamente relevante para que pudiera considerarse infringido el derecho al honor de los demandantes [...] no es tanto la corrección de la concreta cantidad en que el banco cifró la deuda, sino que se hubiera comunicado a la CIRBE sus datos personales asociados a datos económicos de los que resultara su condición de morosos, sin serlo realmente".*

9.- *Por tal razón, la incorrección del dato relativo a la cuantía de la deuda que constaba en el fichero de morosos no supone una vulneración del derecho al*

*honor pues no añade un desvalor relevante respecto de la protección de dicho derecho fundamental al que ya supone ser tratado, justificadamente, como moroso.*

*10.- Asimismo, el desvalor que para el ordenamiento jurídico supone la usura trae consigo la consecuencia de la nulidad prevista en la Ley de 23 de julio de 1908: que el prestatario solo ha de restituir la suma recibida, esto es, el capital del préstamo. Pero no tiene como consecuencia que la comunicación a un fichero de morosos de los datos del deudor que no ha restituido la suma que le fue entregada constituya una intromisión ilegítima en el derecho al honor de este, cuando en ese momento el deudor no había planteado controversia sobre la existencia de la deuda ni había intentado restituir siquiera el capital recibido.*

*11.- Como conclusión a lo expuesto, la argumentación de la Audiencia Provincial sobre este extremo, al considerar que, en las circunstancias expresadas, la comunicación al fichero de morosos de una deuda por una cuantía incorrecta, determina la existencia de la intromisión ilegítima en el honor del demandante, no es correcta”.*

(ii) La sentencia [942/2022, de 20 de diciembre](#) (Juan María Díaz Fraile) se pronuncia sobre el significado del orden público en la impugnación de acuerdos sociales.

En el caso una sociedad profesional de abogados determina que el valor razonable de las participaciones en el supuesto de exclusión de un socio -que es lo que por otro lado se acuerda- es la que fija unilateralmente la propia sociedad (sin que tal posibilidad estuviera prevista en los estatutos); y así se amortizan sus participaciones conforme al valor nominal que, en una sociedad profesional, no representan su valor ni como mera aproximación. Al margen de alguna peculiaridad del asunto (cfr. los apartados 8 y 9 del fundamento de derecho 5.º) el Tribunal tiene que pronunciarse sobre si la determinación unilateral y discrecional del valor de las participaciones es contrario al orden público.

El asunto cobra especial interés porque el régimen de impugnación de los acuerdos sociales pivota sobre todo respecto a la duración de las acciones, sobre esta noción que tiene ahora un inusitado valor o, para ser más exactos, ha abandonado su espacio marginal -debe concernir a un régimen de excepción, poco hay que deba ser, por hipótesis, parte del orden público-. Así el (ahora) artículo 205.1, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital* reza: “La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá”. Véase sobre la legitimación para impugnar también el artículo 206.2.

La Audiencia Provincial desestimó la pretensión de los socios excluidos -no reputó el acuerdo contrario al orden público- y el Tribunal Supremo desestima también el recurso de casación -por tanto, para el pleno del Tribunal, tampoco lo es-. En el apartado 3 del fundamento de derecho 3.º la sala hace un exhaustivo recorrido sobre la noción del orden público societario -en el que se aprecia un abigarrado conjunto de argumentos y nociones inasibles que llevan de un problema a otro sin solución de continuidad y que exigen un esfuerzo de racionalidad para dotar de significado concreto a la noción, o mejor, para que el concepto descienda del cielo y se aloje en la controversia concreta con significado propio:

*“3.2. Es común reconocer la dificultad de reducir a definiciones o categorías cerradas el concepto de orden público. Se trata de un sintagma polisémico que presenta una significación jurídica distinta en el ámbito del Derecho público (administrativo, penal) y en el Derecho privado, en el ámbito internacional y en el interno. Dentro del ámbito jurídico-privado (arts. 6.2, 12.3, 1255 CC, entre otros) aparece caracterizado como límite al principio de la autonomía de la voluntad. Pero incluso circunscrito a este ámbito carece de un sentido unívoco. En concreto, por lo que se refiere al orden público societario, el sentido que cabe atribuirle no equivale o se ciñe a una institución de protección exclusivamente frente a vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (como sucede en el caso del art. 41.1, f de la Ley de Arbitraje). Comporta una noción más amplia que delimita un ámbito de protección frente a los acuerdos sociales que vulneren normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, a los principios configuradores de la sociedad, así como a las normas que afecten a los derechos básicos de los socios, sin que, por tanto, se limite a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución (sentencia [913/2006, de 26 de septiembre](#)).*

*3.3. En este contexto, este tribunal, aunque ha constatado la dificultad de fijar el concepto de orden público reflejado en el art. 116 TRLSA (actual art. 205.1 TRLSC), como límite de la autonomía privada, ha tratado de concretar su configuración jurisprudencial sobre la base de los siguientes postulados:*

*(i) El concepto: es un concepto jurídico indeterminado que se refiere “a los principios y directivas que, en cada momento, informan las instituciones jurídicas y que, por considerarse esenciales por la sociedad, no pueden ser derogadas por los particulares” (sentencias [120/2006, de 21 de febrero](#), [841/2007, de 19 de julio](#), [222/2010, de 19 de abril](#), y [120/2015, de 16 de marzo](#), las que en ellas se citan); al estar ya contenidos en normas positivas “constituyen un elemento diferenciador entre dos categorías de las mismas” (sentencia [de 21 de febrero de 2006](#)), esto es, constituye una “subcategoría dentro de los acuerdos contrarios a la ley” (sentencia [120/2015, de 16 de marzo](#)).*

*(ii) La ratio de la norma: está vinculada a “la conveniencia de facilitar la certeza de las relaciones jurídicas para evitar la perturbación tardía del tráfico jurídico” (sentencia [1125/2004, de 15 de noviembre](#)); se pretende, pues, la estabilidad y seguridad jurídica de los acuerdos sociales y de la intervención de la sociedad en el tráfico.*

(iii) *Finalidad tuitiva de los derechos del socio minoritario y terceros*: “generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE” (sentencia de [18 de mayo de 2000](#)).

(iv) *Criterio de interpretación restrictiva*: en cuanto excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación en el art. 116 LSA, ha de ser aprehendido con sentido restrictivo, “toda vez que podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que pudiera llegar a destruirse la regla de caducidad, sin duda introducida para la seguridad del tráfico” (sentencias de [28 de noviembre de 2005](#) [902/2005] y [1229/2007, de 29 de noviembre](#)); a la misma conclusión lleva las consecuencias de la aplicación del orden público (imprescriptibilidad de la acción, amplia legitimación para la impugnación del acuerdo), lo que supone que “no se puede calificar de contrarios al orden público todos los acuerdos que resulten contrarios a una norma legal prohibitiva imperativa” (sentencia [167/2013, de 21 de marzo](#));

(v) *Etiología de la antijuridicidad*: un acuerdo social puede ser contrario al orden público “por su contenido o por su causa, lo que permite valorar el propósito práctico perseguido con el acuerdo” (sentencias de [5 de febrero de 2002](#) [54/2002] y [19 de julio de 2007](#) [841/2007]); además, después de la reforma introducida por la Ley 31/2014, un acuerdo también puede ser contrario al orden público por “sus circunstancias”.

(vi) *Delimitación positiva de su contenido*: el orden público ha de impedir que el acuerdo lesione los derechos y libertades del socio ([STC 43/1986, de 15 de abril](#)), (i) “pero no ciñéndose a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente”, pues abarca también los “derechos que afecten a la esencia del sistema societario” (SSTS [18 de mayo de 2000](#) [496/2000, [26 de septiembre de 2006](#)]); (iii, [sic]) debe considerarse como contrario al orden público “un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales” (STS de [26 de septiembre de 2006](#)); (iv) también se ha de encontrar el orden público entre los “principios configuradores de la sociedad” (SSTS [21 de febrero de 2006](#) [120/2016], [30 de mayo de 2007](#), [19 de julio de 2007](#), y [1229/2007, de 29 de noviembre](#)); (v) como sintetiza la sentencia de [4 de marzo de 2002](#), “el concepto de orden público se sustenta especialmente en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica, ya que de sociedades de capital se trata”. De este conjunto de criterios de delimitación del orden público resulta que comprende, en síntesis, los derechos garantizados por la Constitución de proyección en el ámbito societario, y los principios esenciales y configuradores del derecho societario.

(vii) Además, para ponderar la aplicación del orden público en un conflicto societario deben tomarse en consideración:

(a) los intereses en conflicto; v.gr. en el caso de la sentencia [168/2002, de 4 de marzo](#), la sala consideró que “el cambio de tres administradores solidarios a cuatro mancomunados, lejos de perjudicar los derechos de los accionistas, los intereses sociales, lo de los propios demandantes o los derechos de los acreedores sociales, los fortalecía”; y

(b) las circunstancias del supuesto litigioso; como sintetiza la sentencia [120/2015, de 16 de marzo](#), “se trata de una válvula del sistema jurídico compuesta por un conjunto de directivas de contenido “ciertamente indeterminado” - sentencia [841/2007, de 19 de julio](#) -, para identificar, en cada caso, su contenido en un ámbito como es el societario, habrá que tomar en consideración los principios esenciales del régimen de las sociedades, para ponerlos en relación con las circunstancias del supuesto litigioso”.

3.4. La proyección de esa jurisprudencia sobre los distintos supuestos de hecho analizados por la sala ha conducido a considerar vulnerado el orden público en supuestos de lesión de derechos políticos y económicos esenciales de los socios. En concreto:

(i) Derecho de presencia o representación en las juntas de socios. Se ha apreciado violación del orden público en los casos de acuerdos adoptados por “juntas universales”, por no haber asistido ninguno de los demandantes, por faltar el requisito esencial de la presencia o representación de la totalidad del capital social, lo que vulnera “frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable”; se crea una “apariencia de junta universal [que] no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de los socios”. Como recuerda la sentencia [222/2010, de 19 de abril](#):

“la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 - la presencia de todo el capital - se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público -sentencias de [29 de septiembre de 2.003](#), [30 de mayo y 19 de julio de 2.007](#)-, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados -sentencias de [19 de julio](#) y [28 de noviembre de 2.007](#) [1281/2007], no obstante la de [18 de mayo de 2.000](#)-, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron”.

(ii) Derecho de participación en la cuota de liquidación del patrimonio social. La sentencia [1229/2007, de 29 de noviembre](#), apreció vulneración del orden público societario en un supuesto de infracción del art. 48.2.a) TRLSA, por considerar como un derecho mínimo que configura la condición del accionista el de participación en el patrimonio resultante de la liquidación, cuando dicha vulneración se ha producido por acuerdo de la junta general “sin o contra la voluntad de su titular”.

(iii) Derecho de suscripción preferente. Con base en los arts. 349 CC (que protege el derecho de propiedad privada) y el art. 33.3 de la Constitución (que extiende esa protección a todos los derechos económicos frente a una privación injusta sin indemnización o contraprestación), la sentencia de esta sala de [30 de octubre de 1984](#) [609/1984] declaró la nulidad de un acuerdo de junta general que, por vía de modificación estatutaria, privaba a una usufructuaria de un paquete de acciones del derecho de suscripción preferente, de forma que

“[esa usufructuaria] se vio privada de tales derechos en virtud del acuerdo de reforma del artículo quince de los Estatutos, que concedió tales derechos alguno de ellos de claro contenido económico, como lo es de la preferente suscripción de acciones a los nuevos propietarios, sin indemnización ni contraprestación alguna, infringiendo con ello de manera palmaria tanto el artículo trescientos cuarenta y

nueve del Código Civil, que protege la propiedad privada, como el número tres del artículo treinta y tres de la Constitución que expresamente cubre también bajo su protección, no sólo los bienes, sino también los derechos”.

La sentencia, aun cuando reconoce la libertad que corresponde a la junta para reformar sus propios estatutos, de acuerdo con las normas que regulan su constitución y funcionamiento, también subraya que “las citadas juntas, aun siendo soberanas para regir la vida estatutaria de la Sociedad, no pueden operar una injusta privación de derechos a sus socios, lo que contravendría a las normas legales y constitucionales citadas”. Como declaró la [STC 23/1987, de 23 de febrero](#), al razonar la desestimación del recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de esta Sala Primera:

“Lo que realmente se discutió en el proceso y resolvió la Sentencia es si la modificación era ilegal por otros motivos y concretamente, por lesionar injustamente los derechos de la usufructuaria. En cuanto al segundo argumento, la lectura de la resolución impugnada revela que su verdadera motivación no consiste en afirmar que la sociedad debió proceder a la expropiación forzosa para reducir los derechos de la usufructuaria, lo que sería insostenible, sino en considerar que esos derechos no podían ser recortados en la forma que lo hizo el Acuerdo social, porque ello supone una privación injusta de los mismos sin indemnización ni contraprestación alguna, lo que contradice los arts. 349 del Código Civil y 33.3 de la Constitución, que, según el Tribunal interpreta, prohíbe esa privación en todos los casos y no sólo en el de la expropiación forzosa [...]”.

3.5. En los tres supuestos reseñados se trataba de derechos que el ordenamiento societario reconoce “como mínimo” al socio, por su carácter esencial para la configuración de su posición jurídica (vid. art. 93, a, b y c TRLSC). Entre esos derechos, en lo que ahora interesa, se encuentra el de participar, además de en el reparto de las ganancias sociales, en el “patrimonio resultante de la liquidación”. Como afirmó la sentencia [115/1983, de 1 de marzo](#), “el derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación es un derecho “del que [el socio] no puede ser desposeído ni por disposición estatutaria ni por acuerdo de la Junta”; y en las sentencias [4/2021, de 15 de enero](#), y [46/2021, de 2 de febrero](#), declaramos que el derecho de crédito del socio separado o excluido frente a la sociedad por el importe del valor de su participación en la compañía, si bien no es idéntico al derecho a recibir el patrimonio resultante de la liquidación en la proporción correspondiente a la participación del socio en el capital social, ambos son derechos de “naturaleza semejante” -.

3.6. En el mismo sentido, y en el marco de esta jurisprudencia, es común la cita en la doctrina como acuerdos contrarios al orden público, por su carácter de pactos leoninos, los previstos en el art. 1691 CC que prohíbe los pactos que excluyen a uno o más socios de toda parte en las ganancias o las pérdidas. Esta norma prohibitiva se ha explicado por la doctrina desde distintas perspectivas: por ser tales pactos contrarios a la moral y al orden público, y por contradecir la causa del contrato social ( eminentemente lucrativo). Como declaramos en la sentencia [307/2019, de 3 de junio](#), no cabe duda de que una sociedad mercantil de responsabilidad limitada opera en el tráfico mercantil con ánimo de lucro, porque precisamente por tratarse de una sociedad de capital dicho ánimo se presume (arts. 116 CCom y 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital). Hasta el punto de que la jurisprudencia de esta sala ha señalado reiteradamente que el fin lucrativo es la causa del contrato de sociedad, a tenor de los arts. 1665 CC y 116 CCom

(sentencias [1229/2007, de 29 de noviembre](#); [1377/2007, de 19 de diciembre](#); y 784/2013, de 23 de diciembre; y las que en ellas se citan). Como declaró la mencionada sentencia [1377/2007](#):

*“Es consustancial a éstas [las sociedades], según reiterada jurisprudencia, la formación de un patrimonio común que se presenta dinámico, al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios susceptibles de ser partidos entre los socios, que también asumen de este modo sus pérdidas - Sentencias de 6 de marzo y 15 de diciembre de 1992, 24 de julio de 1993 y 13 de noviembre de 1995, entre otras”.*

*Pues bien, la ratio del art. 1691 CC, que se aplica no solo a las sociedades civiles sino también a las mercantiles, se extiende asimismo, en el contexto del fin lucrativo de las sociedades mercantiles, a las cláusulas estatutarias o pactos de efectos análogos a los de exclusión de las ganancias respecto de alguno de los socios, y a los relativos a las cláusulas de exclusión que suprimen el derecho a la cuota de liquidación que corresponde al socio saliente.*

*Como declaró la sentencia [1229/2007, de 29 de noviembre](#), “[...] el ánimo de lucro se presenta en la sociedad (artículos 1665 CC; 116 CCom, etc.) como uno de los principios configuradores”, y señala “el fin lucrativo como causa del contrato de sociedad (SSTS de 11 de marzo de 1983, 10 de noviembre de 1986, 19 de enero de 1987, 18 de noviembre de 1988, 7 de abril de 1989, 19 de febrero de 1991, 9 de octubre de 1993, 27 de enero de 1997, 18 de septiembre de 1998, entre otras muchas)”. Y sobre estas premisas aclara que:*

*“De este modo, los acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad, y han de respetar su causa. Ello da sentido a preceptos como el artículo 48.2.a) LSA e impide que se lleven a efecto donaciones con cargo al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición. Aunque no se impide la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas, cuando no impliquen vulneración, impedimento o obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el artículo 48.2.a) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios (RRDGRN 2 de febrero de 1966, 22 de noviembre de 1991, 25 de noviembre de 1997, etc.)”.*

*Por ello, en la doctrina es opinión extendida la de incluir en el ámbito de los acuerdos contrarios al orden público los pactos leoninos, incluidos los que privan al socio separado o excluido de la citada cuota de liquidación. Se trata de un derecho, como señaló la sentencia [115/1983, de 1 de marzo](#), “del que [el socio] no puede ser desposeído ni por disposición estatutaria ni por acuerdo de la Junta”. Escapan al ámbito de la autonomía de la voluntad o del poder de decisión de la junta. No son irrenunciables para el socio, pero sí resistentes e inmunes al principio mayoritario por el que se rige la formación de la voluntad de la sociedad, del mismo modo que la modificación de los estatutos que afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados (art. 292 TRLSC). Obviamente el hecho de que una materia jurídica o derecho sea susceptible de disposición, y por tanto renunciable, no comporta que esté exenta de una posible vulneración del orden público (ad ex arts. 1.2 y 41.1. f de la Ley de Arbitraje, y*

6.2 CC). *En definitiva, la voluntad social formada y reflejada en el acuerdo de la junta puede vincular a la sociedad y gravar su patrimonio, pero no puede disponer o configurar derechos o patrimonios ajenos sin el consentimiento de su titular.*

3.7. *La sentencia de la Audiencia, al restringir el concepto de orden público a los "principios más esenciales que informan el ordenamiento jurídico español", no se ha ajustado a la doctrina jurisprudencial reseñada, que incluye en su ámbito de protección no sólo las infracciones de normas legales que se traducen en una violación de derechos fundamentales y libertades públicas, sino también la infracción de normas legales en que se concretan los "principios básicos del orden social en su vertiente económica", o las que "afecten a la esencia del sistema societario", o "los principios configuradores de la sociedad", y que provocan una lesión grave de los derechos de los socios que configuran su condición de tal.*

*Ahora bien, con esta constatación no basta para poder casar la sentencia impugnada, pues es preciso que, además, pueda afirmarse que, in casu, la infracción legal, que la Audiencia no niega, de la previsión sobre la valoración de las participaciones del socio excluido, constituye efectivamente, además, una vulneración del orden público en el sentido más amplio aquí expresado. Para ello debemos comenzar analizando la infracción legal en que puede haber incurrido el acuerdo impugnado, y el alcance de su antijuridicidad en relación con la naturaleza de la norma vulnerada y los bienes o intereses jurídicos protegidos por la misma”.*

Después de referir que el valor razonable de las participaciones, en defecto de previsión estatutaria, y conforme al régimen legal entonces vigente de las sociedades profesionales, debía ser fijado por un auditor de cuentas distinto al que auditara las de la sociedad, aborda el asunto de si la fijación unilateral es contraria al orden pública o si, en sus propias palabras, “*constituye efectivamente, además, una vulneración del orden público*” según cual sea “*el alcance de su antijuridicidad en relación con la naturaleza de la norma vulnerada y los bienes o intereses jurídicos protegidos por la misma*”. Y así, por una parte, como afirma en el fundamento de derecho 3.º:

*“5.9. En definitiva, la exclusión del socio determina su salida forzosa de la sociedad y la necesidad de realizar una correcta valoración de sus participaciones, pues el socio excluido de la sociedad conserva el derecho a la liquidación de su parte. Valoración que, a falta de previsiones estatutarias y de un acuerdo entre las partes (sociedad y socio excluido), debe realizar un auditor distinto al de la sociedad, u otros expertos designados por un tribunal, y que debe realizarse garantizando en todo caso la imparcialidad y objetividad de ese arbitrador. Como declaramos en la sentencia [217/2011, de 31 de marzo](#), "el art. 1256 CC es una consecuencia lógica del art. 1254 CC, que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato [...]”.*

Concluye en el fundamento de derecho 4.º “En las circunstancias del caso, el acuerdo impugnado no constituye una vulneración del orden público en el sentido del art. 116.1 TRLSA” (precedente del vigente art. 205.1 LSC).

*“2.- En primer lugar, debemos recordar que el orden público societario está sujeto a un criterio de interpretación restrictivo por constituir una excepción a la regla general de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales, por lo que, como señaló acertadamente la Audiencia, no basta que se produzca una infracción de una norma imperativa, sino que, además, en lo que ahora interesa, debe afectar lesivamente a derechos fundamentales o libertades públicas, a otros derechos constitucionalmente protegidos, o a otros derechos esenciales del socio, que queden fuera del ámbito propio de la autonomía de la voluntad, al constituir uno de sus límites (arts. 6.2 y 1255 CC). Régimen u orden legal y orden público no son nociones idénticas, solo parcialmente coincidentes, que no se pueden identificar ni confundir por excluirlo el principio de no redundancia (art. 1255 CC). Incluso en el caso de que el acuerdo social provoque un efecto de limitación o privación de uno de esos derechos, la aplicación de la cláusula del orden público debe realizarse ponderando los intereses en conflicto y las circunstancias del supuesto litigioso. Y al realizar esa ponderación no debe perderse de vista que la ratio del art. art. 116.1 TRLSA (actual art. 205.1 LSC), como norma que parte de la regla general de la caducidad del plazo de impugnación de un año de los acuerdos de la junta general (frente a la regla general civil de la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad, en los casos de nulidad de pleno derecho, radical y absoluta) radica en la conveniencia de facilitar la certeza de las relaciones jurídicas, a fin de evitar la perturbación tardía del tráfico jurídico. Se trata de una regla que tutela el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE), de singular importancia en el moderno tráfico mercantil.*

*3.- Aun siendo cierto que el derecho al reembolso de la cuota de liquidación de los socios excluidos es uno de los derechos económicos más relevantes de la posición del socio, junto con el de participar en las ganancias ( art. 93, a LSC), y que ese derecho está protegido, al igual que el derecho de la suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de la asunción de nuevas participaciones, por el art. 33 CE (sentencia de 3 de octubre de 1984 y [STC 23/1987](#)), sin embargo, en el caso litigioso lo cuestionado no es que ese derecho se haya desconocido, sino que la junta, al acordar la exclusión del socio y fijar el importe de la cuota de liquidación que debía reembolsar, consideró como "valor razonable" de las participaciones de los socios excluidos el de su "valor nominal". Y en este punto resulta determinante las características propias que la regulación que la valoración de las participaciones de los socios profesionales tiene en su regulación legal específica de las sociedades profesionales, en la que el ámbito de la autonomía de la voluntad está singularmente ampliado, interviniendo en un doble plano.*

*4.- En efecto, como ya hemos señalado, el art. 16.1 de la Ley de Sociedades Profesionales admite que en el contrato social puedan establecerse "criterios de valoración y cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que corresponda a las participaciones del socio profesional separado o excluido". Esta norma, de carácter autorizador de los pactos de valoración, supone que la regla del "valor real" o "valor razonable" no rige de forma*

*imperativa en el ámbito de las sociedades profesionales, sino que es regla legal supletoria. A falta de previsión en el contrato social o en los estatutos, la autonomía de la voluntad vuelve a tener protagonismo como fuente de la reglamentación convencional (a modo de contrato de fijación jurídica), ya en el marco de la regulación propia de la forma social adoptada por la sociedad profesional ( art. 1.3 LSP), pues conforme al art. 100.1 LSRL (actual art. 353.1 LSC), el valor real de las participaciones sociales en los casos de separación o exclusión del socio se determina, primero, por acuerdo entre la sociedad y el socio afectado y, solo en defecto de pacto, se fija por el auditor distinto al de la sociedad designado por el registrador mercantil. En puridad, ambos criterios (acuerdo y valor razonable fijado por auditor) responden a una misma lógica jurídico-económica al identificar esos valores con los "valores de mercado", en el sentido de que, partiendo de que no existe en rigor un "mercado de participaciones sociales" (tampoco de acciones excepto en el supuesto de sociedades abiertas), dicho valor debe determinarse por aproximación, según la normativa contable. Y conforme al Plan General de Contabilidad (Primera Parte, apartado 6.2), aprobado por RD 1514/2007, de 16 de noviembre, "valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua". Y la Norma Técnica de elaboración del informe especial del auditor de cuentas para estos casos publicada mediante Resolución de 23 de octubre de 1991, del presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se refiere a distintos métodos de valoración dinámicos respecto de las acciones de una sociedad en funcionamiento, con criterios de flexibilidad, pues según reconoce dicha Norma "sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables". Esos métodos "han de ser, en cada caso, adecuados a las circunstancias y contexto en que se trate tal valoración, no fijando ningún método específico y sólo a efectos orientativos, como podía ser el método de determinación del valor del activo neto real, valor de capitalización de resultados y valor actual de flujos monetarios netos, método de la Unión de Expertos Contables Europeos" (STS [Sala Tercera, secc. 2.ª, de 26 de septiembre de 2012, rec. 5861/2009](#)). Por ello, como afirma la resolución de la DGRN (actual DGSJYFP) [de 17 de mayo de 2021](#), "generalmente, el valor contable no será equivalente al valor razonable o de mercado de las participaciones sociales". Sin perjuicio de lo cual, ese Centro Directivo ha admitido la inscribibilidad de cláusulas de valoración de participaciones sociales, en el caso de transmisiones voluntarias inter vivos, aun cuando no coincida dicho valor con el valor razonable determinado por auditor de cuentas, por remitirse al valor contable, "siempre que no perturbe la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva prácticamente insalvable" (RDGRN de 2 de noviembre de 2010), y con "los límites generales derivados de la prohibición de pactos leoninos y perjudiciales a terceros" (RDGRN de 15 de noviembre de 2016). Y niega que esas cláusulas tengan carácter expropiatorio o leonino, y "aun cuando en el momento de realizar la transmisión el valor contable fuera inferior al valor razonable, tampoco puede afirmarse que comporte enriquecimiento injusto o sin causa en favor de los restantes socios o de la sociedad, en tanto que responde a lo pactado y aceptado previamente por todos los socios" (RDGSJYFP de [17 de mayo de 2021](#))".*

(iii) Las sentencias [257/2023, de 15 de febrero](#) y [258/2023, de 15 de febrero](#) (Juan María Díaz Fraile e Ignacio Sancho Gargallo, respectivamente) se pronuncian sobre un par de asuntos referidos al crédito *revolving* y su relación con la usura.

En especial la segunda -[258/2023, de 15 de febrero](#), Ignacio Sancho- aborda un problema esencial: cuándo el tipo de interés es desproporcionado y, por ende, usurario o, desde otra perspectiva cómo interpretar el párrafo primero del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 *sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios*:

*“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”.*

Después de citar la doctrina de la sala sobre el interés normal del dinero y el término de comparación adecuado (sentencias [628/2015, de 25 de noviembre](#) [Pleno, Rafael Sarazá], [149/2020, de 4 de marzo](#) [Pleno, Rafael Sarazá], [367/2022, de 4 de mayo](#) [Rafael Sarazá Jimena] y [643/2022, de 4 de octubre](#) [Pedro J. Vela Torres]) formula dos novedades respecto a las sentencias anteriores. En primer lugar, fija el porcentaje a partir del cual el interés será usurario -el 6 %, aunque “la ley española no establece ninguna norma al respecto”- y es muy interesante el argumento del que se sirve para establecerlo, que radica en la igualdad de trato y en la necesidad de dotar de seguridad y previsibilidad al mercado de estos créditos. Así, afirma en el fundamento de derecho 4.º, apartado 4:

*“Una vez determinado el índice de referencia, el tipo de interés (TAE) común para este tipo de contratos de crédito al tiempo de su celebración (2004), hay que valorar el margen admisible por encima del tipo medio de referencia, esto es: en cuántos puntos porcentuales o en qué porcentaje puede superarlo el tipo TAE contractual para que no se considere un interés notablemente superior al normal del dinero. La ley española no establece ninguna norma al respecto.*

*El art. 1 de la Ley de Usura, al acudir a una fórmula amplia (el interés notablemente superior al normal del dinero), emplea un adverbio para caracterizar ese exceso respecto del interés común del mercado (“notablemente”), que exige una apreciación en cada caso. Un criterio así de abierto, no rígido, exige un juicio o valoración para cada caso, acorde con la búsqueda de la justicia del caso concreto.*

*Esta fórmula legal se acomoda muy bien a un contexto de contratación y litigación como era el español antes de que hubiera irrumpido la litigación en masa, en la segunda década de este siglo. Pero en este nuevo contexto, siendo tantos los miles de litigios que versan sobre la misma cuestión, la aspiración de la justicia viene ahora connotada por la exigencia de dar un trato igual o equivalente a situaciones iguales o equivalentes, y facilitar la predecibilidad de las soluciones*

*judiciales para dotar de mayor seguridad jurídica al mercado y al tráfico económico.*

*Es lógico que, a falta de una previsión legal, se acuda a la jurisprudencia para conocer esos parámetros o criterios de valoración que faciliten la igualdad de trato.*

*Hasta ahora este Tribunal Supremo no ha fijado un criterio uniforme para cualquier contrato, sino que ha ido precisándolo para cada caso controvertido.*

*En la sentencia [628/2015, de 25 de noviembre](#) [Pleno; Rafael Sarazá], razonó que la TAE del contrato (24,6%) era superior al doble del tipo medio de referencia. Lo anterior no significa que el umbral de lo usurario estuviera fijado en todo caso en el doble del interés medio de referencia. De hecho en la posterior sentencia [149/2020, de 4 de marzo](#), la TAE del contrato era 26,82% y el tipo medio de referencia algo superior al 20% anual, y sin llegar ni mucho menos al doble del tipo de referencia, se declaró usurario en atención a la diferencia de puntos porcentuales, más de seis, que se consideró muy relevante. La sentencia, conectora del precedente, justifica por qué no se podía seguir el mismo criterio del doble del interés normal de mercado:*

*“El tipo medio del que, en calidad de “interés normal del dinero”, se parte para realizar la comparación, algo superior al 20 % anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de “interés normal del dinero”, menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50 %”.*

*Y, al mismo tiempo, estima muy relevante la diferencia entre el interés convenido y el tipo medio de mercado, superior a 6 puntos:*

*“(…) una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de “interés normal del dinero” y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como “notablemente superior” a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes”.*

*En la medida en que el criterio que vamos a establecer lo es sólo para un tipo de contratos, los de tarjeta de crédito en la modalidad revolving, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15%, por lo argumentado en la citada sentencia [149/2020, de 4 de marzo](#) [Pleno, Rafael Sarazá], consideramos más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales.*

*5. De acuerdo con este criterio, si el tipo medio al tiempo de la contratación sería ligeramente inferior al 20 %, el interés pactado (23,9% TAE) no supera los 6 puntos, por lo que no se considera notablemente superior al tipo medio. En consecuencia, procede desestimar los motivos del recurso de casación”.*

El segundo asunto más que una novedad es una acotación y se refiere en el fundamento de derecho 4.º, apartados 1 y 2, a qué elemento es el que debe tenerse presente para

comparar, si es la [TAE o el TEDR](#); la homogeneidad de los elementos de partida son los que explican una comparación razonable:

*“1. Lo que se plantea ahora tiene que ver precisamente con la determinación de cuál era el interés normal del dinero referido a estos contratos de tarjeta de crédito revolving en el año 2004, en que se concertó el contrato y no existían estadísticas del Banco de España, porque fue a partir de junio de 2010 que se desglosó en la estadística la información referida al crédito revolving.*

*A la vista de la jurisprudencia mencionada está claro que el juicio sobre el carácter usurario del interés remuneratorio convenido en este contrato de tarjeta de crédito en la modalidad revolving del año 2004 ha de hacerse tomando, en primer lugar, como interés convenido de referencia la TAE, que en este caso no hay duda de que era del 23,9%. Además, la comparación debe hacerse respecto del interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, en este caso el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito revolving.*

*2. En relación con la determinación de este parámetro de comparación, para los contratos posteriores a que el boletín estadístico del Banco de España desglosara un apartado especial a este tipo de créditos, en junio de 2010, la jurisprudencia acude a la información suministrada en esta estadística para conocer cuál era ese interés medio en aquel momento en que se concertó el contrato litigioso.*

*Al respecto, habría que hacer otra advertencia, seguida de una matización: el índice analizado por el Banco de España en esos boletines estadísticos no es la TAE, sino el TEDR (tipo efectivo de definición restringida), que equivale a la TAE sin comisiones; de manera que si a ese TEDR se le añadieran las comisiones, el tipo sería ligeramente superior, y la diferencia con la TAE también ligeramente menor, con el consiguiente efecto respecto de la posibilidad de apreciar la usura. De tal forma que, en los contratos posteriores a junio de 2010, se puede seguir acudiendo al boletín estadístico del Banco de España, y al mismo tiempo permitir que el índice publicado se complemente con lo que correspondería a la vista de las comisiones generalmente aplicadas por las entidades financieras. En realidad, en estos últimos años, aunque la TEDR haya sido inferior a la TAE por no contener las comisiones, a los efectos del enjuiciamiento que hay que hacer (si la TAE es notablemente superior al interés [TAE] común en el mercado), ordinariamente no será muy determinante, en atención a que la usura requiere no sólo que el interés pactado sea superior al común del mercado, sino que lo sea "notablemente". El empleo de este adverbio en la comparación minimiza en la mayoría de los casos la relevancia de la diferencia entre la TEDR y la TAE”.*

Por su parte, la sentencia [257/2023, de 15 de febrero](#) (Juan María Díaz Fraile) aborda la cuestión de si el interés pactado en un préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre particulares es o no usurario y remite la solución a la ponderación de las circunstancias - en donde cobra singular importancia el alcance del riesgo que asume el prestamista-, puesto que no hay un mercado de referencia que pueda servir de término de comparación. En el fundamento de derecho 7.º apartado 1, señala el objeto de la controversia y las circunstancias relevantes:

*“Objeto de la controversia. Conviene recordar que, tal y como quedó centrado el objeto litigioso desde la primera instancia a partir de la audiencia previa, éste se circunscribe a determinar si los préstamos cuestionados son nulos por ser usurario el interés remuneratorio pactado en ambos del 14% anual fijo para toda la duración del contrato (14,93421% y 14,93422% TAE, respectivamente), teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*

*Estas circunstancias, en lo ahora relevante, son las siguientes: (i) ambos contratantes son personas físicas que actúan como "particulares", en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional; (ii) el destino del préstamo era financiar la adquisición de un vehículo por el entonces novio de la demandante; (iii) el plazo de amortización pactado fue de 10 años; (iv) el tipo de interés de demora se fijó en el 25% anual; (v) la finca hipotecada en garantía de ambos préstamos estaba gravada con otra hipoteca previa a favor de una entidad financiera; (vi) los préstamos se concertaron en mayo y diciembre de 2009; y (vii) no consta pacto de capitalización de intereses, comisiones a cargo de la prestataria ni cláusulas penales; tampoco constan pactos de pago anticipado de los intereses, ni retención de sumas para el pago de gastos o deudas distintas del prestamista o de terceros”.*

Hace una extensa consideración sobre la doctrina de la sala en la materia (y refiere las sentencias [628/2015, de 25 de noviembre](#) [Pleno]; [149/2020, de 4 de marzo](#) [Pleno], ambas con ponencia de Rafael Sarazá Jimena) en el fundamento de derecho 7.º, apartados 3, 4 (determinación jurisprudencial del concepto “interés notablemente superior al normal del dinero”), 5 (la desproporción con las circunstancias del caso, valoración conjunta) 6 (enumera las circunstancias extrínsecas que pueden ser valoradas así como las intrínsecas, esto es, las relativas al riesgo de la operación) y 7 (cómo debe ponderarse el riesgo y su conocimiento). Concluye en el apartado 8:

*“El juez, particularmente en este ámbito de la contratación por negociación, debe hacer una valoración y ponderación sistemática del conjunto de estas circunstancias para enjuiciar si el interés pactado, que sea notablemente superior al normal del dinero, es además o no un interés "desproporcionado a las circunstancias del caso". En este sentido, del análisis de la abundante jurisprudencia recaída en esta materia, se desprende que la Ley de Represión de la Usura es una norma que se mueve entre dos paradigmas opuestos y a la vez complementarios: (i), por un lado, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados para definir la tipología de los supuestos de hecho que contempla (lo que se refleja en su art. 1); y (2) por otro lado, remite la solución al libre criterio judicial en relación con las circunstancias concretas de cada caso (lo que se refleja en su art. 2, ahora derogado y sustituido por el art. 319.3 LEC). Como dijo la clásica sentencia de esta Sala Primera de 13 de febrero de 1941, idea que ha reiterado en numerosas otras ocasiones:*

*“en materia de usura en que la nota de individualización del caso litigioso se presenta a los tribunales con carácter es más acusado, es preciso renunciar a otras normas de generalidad que las comprendidas en el artículo 1º de la Ley de 23 de julio de 1908 y juzgar el caso concreto teniendo en cuenta el relieve excepcional de las especiales circunstancias que en el concurran, determinantes de la*

*convicción del juzgador, libremente formada, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º de la ley”.*

*Más recientemente, la sentencia [113/2013, de 22 de febrero](#) [Xavier O’Callaghan], ha expresado así esta misma idea al interpretar el actual art. 319.3 LEC:*

*“Lo que significa que se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia (sentencia de 9 enero de 1990) o amplísimo arbitrio judicial (sentencias de 31 marzo de 1997, 10 mayo 2000) basándose en criterios más prácticos que jurídicos (sentencia de 29 septiembre de 1992) valorando caso por caso (sentencia de 13 mayo 1991), con libertad de apreciación (sentencia de 10 mayo 2000), formando libremente su convicción (sentencia de 1 de febrero de 2002)”.*

Lo que conduce derechamente a que la sala estime el recurso por las razones que expone en el fundamento de derecho 8.º, de las que subrayamos lo siguiente:

(i) no cabe establecer como término de comparación los créditos otorgados por “entidades de crédito” porque no se trata de una categoría homogénea con el asunto de marras (apartado 6) y deberá compararse con ese sector del mercado - en el que el concedente es una empresa- (“*La falta de acceso a la obtención de capitales en el mercado interbancario o del Banco Central Europeo, la desvinculación de la operación de préstamo de cualquier otro servicio de fidelización con el cliente (prestatario), la falta de aplicabilidad de las mismas normas de exigencia de evaluación de solvencia del deudor y de economías de escala, y el recurso al mercado extrabancario de los clientes que no alcanzan los estándares de solvencia exigidos por la normativa aplicable a las entidades de crédito, y la consiguiente elevación del riesgo de la operación, provoca que, a falta de otros elementos objetivos de comparación, los préstamos entre particulares deban someterse a su escrutinio, desde el punto de vista de su eventual carácter usurario, tomando como elemento de comparación más próximo los precios habituales del dinero en el mercado extrabancario*”); (ii) y a la comparación con el término homogéneo debe añadirse el examen de las circunstancias del caso relevantes (apartado 9).

(iv) La sentencia [129/2023, de 31 de enero](#) (Pedro Vela Torres) concierne a un seguro de vida vinculado a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria y se estima el recurso interpuesto por la aseguradora en lo que se refiere a la designación de beneficiario. La cláusula del contrato que es decisiva es la que se reproduce en el fundamento de derecho 1.º, apartado 1:

*“Entre el 25 de febrero de 2009 y el 25 de octubre de 2014, D. Amador tuvo concertado un seguro de vida, vinculado a un préstamo hipotecario, con la compañía Caja Granada Vida compañía de seguros y reaseguros S.A., entre cuyos riesgos asegurados se encontraba el de incapacidad permanente absoluta. La cláusula que se refería a dicha cobertura establecía:*

*«En virtud de esta cobertura, la Entidad aseguradora garantiza el anticipo del cobro de la prestación asegurada por el riesgo principal del fallecimiento, en el caso de que el Asegurado resulte afectado por una invalidez absoluta y*

*permanente para todo trabajo de forma irreversible, que le dé derecho al cobro de una pensión a cargo del erario público o entidad de previsión alternativa. [...]»*

*Se entenderá que la fecha de ocurrencia de la invalidez coincide con la fecha que se establezca por el organismo público o entidad de previsión alternativa, en el documento acreditativo de la invalidez, que determine el derecho al cobro de una pensión a favor del Asegurado”.*

La cuestión gira en torno a qué fecha debe tenerse presente como del “ siniestro ” puesto que a la fecha de baja el contrato de seguro estaba en vigor pero no cuando INSS declara al asegurado en incapacidad permanente. La sentencia coordina -o en rigor, hace homogénea la respuesta- con lo que decidiera la sala cuarta en su sentencia del pleno de dicha Sala Cuarta de [de 14 de abril de 2010 \(rec. 1813/2009\)](#) [Fernando Salinas, con un interesante voto particular de Aurelio Desdentado al que se adhieren Gonzalo Moliner, Jesús Gullón, José Luis Gilolmo y José Manuel López García de la Serrana]. La sentencia en el fundamento de derecho 3.º en sus apartados 1 a 5 afirma:

*“1.- La sentencia [100/2011, de 2 de marzo](#) [Francisco Marín Castán], que se remite a la sentencia [sentencias 372/1996, de 16 de mayo](#) [Francisco Morales Morales], estableció que en el seguro de vida que incluye como cobertura complementaria la incapacidad o invalidez como consecuencia de enfermedad, el riesgo asegurado es la incapacidad o invalidez declarada mediante resolución administrativa o judicial y no la enfermedad que dio lugar a la misma, que solamente sería el hecho generador del riesgo. En consecuencia, como regla general, el evento dañoso, el riesgo asegurado, tiene lugar cuando se produce la declaración oficial de la incapacidad o invalidez.*

*No obstante, estos pronunciamientos tuvieron lugar en casos en los que no se discutía concretamente cuál era la fecha del siniestro en este tipo de seguros, sino que la cuestión litigiosa versaba sobre qué compañía de seguros debía cubrir un siniestro en caso de sucesión de pólizas (las citadas sentencias [372/1996, de 16 de mayo](#) [Francisco Morales Morales], y [100/2011, de 2 de marzo](#) [Francisco Marín Castán]), o sobre la validez de una cláusula que anticipaba expresamente la fecha del siniestro a la del diagnóstico de la enfermedad (sentencia [60/2021, de 8 de febrero](#) [Francisco Marín Castán]). Según esta jurisprudencia, salvo pacto expreso en contrario, en el seguro de incapacidad o invalidez el pago de la indemnización corresponde a la aseguradora cuyo contrato estaba en vigor cuando se produjo la declaración de invalidez, aunque no lo estuviera cuando se inició la enfermedad invalidante.*

*2.- En contraposición a tales pronunciamientos, la sala ha dado un tratamiento diferente al seguro que cubre la incapacidad o invalidez causada por un accidente, en el que, a efectos de determinación de la fecha del siniestro, lo relevante es la fecha en que se produjo el accidente, aunque posteriormente se produzca la declaración de la incapacidad (sentencia del [pleno 736/2016, de 21 de diciembre](#) [José Antonio Seijas]).*

*3.- A diferencia de lo que sucede con el seguro de accidentes (art. 100 LCS), la LCS no da una definición de invalidez, posiblemente porque el seguro de invalidez, o de incapacidad permanente, no está regulado como tal en la Ley, con*

*nomen iuris propio, y suele introducirse en la práctica aseguradora como una cobertura complementaria en los seguros de vida, al amparo de la amplitud de configuración contractual en los seguros de personas que permite el art. 80 LCS.*

*En el ámbito específico de la legislación de la Seguridad Social, la incapacidad permanente viene definida en el art. 193.1 LGSS, pero no basta con encontrarse en la situación descrita en el precepto (padecimiento de reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen la capacidad laboral), sino que, para ser beneficiario de la prestación correspondiente, dicha situación ha de ser expresamente declarada por los organismos competentes de la Seguridad Social ( arts. 195 y 200 LGSS).*

*Por su parte el art. 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, establece:*

*«El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente.*

*En los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades».*

*En el caso objeto del recurso, se da la circunstancia del segundo párrafo, puesto que hubo continuidad entre la incapacidad temporal no extinguida y la invalidez permanente, ya que el Sr. Amador fue primeramente dado de baja laboral en agosto de 2014 (en esa fecha todavía estaba en vigor el contrato de seguro), y finalmente por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 16 de marzo de 2016 (cuando el contrato ya no estaba en vigor), fue declarado en situación de incapacidad permanente por enfermedad común.*

*4.- Esta normativa de Seguridad Social ha sido interpretada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo en el sentido de que «el acto declarativo de la IP es un acto complejo, en el que es distinguible un aspecto de valoración médica y otro de valoración jurídica y solo por la conjunción de ambos puede surgir el fenómeno, propiamente jurídico-social, del reconocimiento de la IP» (sentencia [de 6 de noviembre de 2008, rec. 4255/2007](#) [Luis Fernando de Castro]).*

*A su vez, la sentencia del pleno de dicha Sala Cuarta [de 14 de abril de 2010 \(rec. 1813/2009\)](#) [Fernando Salinas, con un interesante voto particular de Aurelio Desdentado al que se adhieren Gonzalo Moliner, Jesús Gullón, José Luis Gilolmo y José Manuel López García de la Serrana] declaró que, respecto de la fecha del hecho causante de la incapacidad permanente por enfermedad común no podía adoptarse la misma solución que respecto de la fecha del accidente:*

*«[d]ada la dificultad de fijar el momento en que se inicia de forma trascendente la situación de enfermedad común de la que sin solución de continuidad deriva necesariamente la posterior declaración de incapacidad permanente».*

*Así como que:*

«[l]a enfermedad en cuanto, "perturbación del estado de salud" presenta más dificultades de determinación temporal que el accidente - laboral o no-, pues éste opera produciendo una lesión corporal como consecuencia de una acción "violenta, súbita y externa" que es fácilmente observable en su principio y fin. El carácter más difuso de la enfermedad complica los problemas de inclusión del siniestro en el ámbito de la cobertura, pues, por una parte, puede fomentar la denominada "antiselección de riesgos" con respecto a enfermedades anteriores al seguro y, por otra, en sentido contrario, genera dificultades en orden a la fijación del límite de la cobertura respecto a las secuelas de la enfermedad que se manifiestan después de terminada la vigencia del contrato, en especial en las enfermedades en que el efecto propiamente invalidante se proyecta en el tiempo a partir de una evolución a veces muy lenta o del desencadenamiento de una crisis».

Razones todas por las que la mencionada sentencia de pleno concluyó:

(i) Como regla general, para contingencias comunes, en defecto de regulación específica en la norma o pacto constitutivo de la mejora (incluido el seguro voluntario), para determinar la fecha del hecho causante de una mejora voluntaria, y con ella, la responsabilidad en cuanto a su abono ha de acudirse a la correspondiente norma sobre prestaciones obligatorias de Seguridad Social, que fija aquélla en la fecha de dictamen del EVI o de la UVAMI.

(ii) Como excepción, la fecha del hecho causante puede retrotraerse al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles.

5.- Del mismo modo que en su día consideramos procedente coordinar la jurisprudencia de esta sala en materia de fecha del siniestro en el seguro de accidentes con la de la sala de lo social de este Tribunal Supremo (sentencia del [pleno 736/2016, de 21 de diciembre](#) [José Antonio Seijas]), ahora consideramos procedente igualmente llevar a cabo la misma coordinación respecto de la fecha del siniestro en el seguro de invalidez o incapacidad permanente. Por lo que debemos hacer nuestras las mismas conclusiones, sobre la regla general y la excepción, expuestas en el apartado anterior, que además, no solo no se oponen a los pronunciamientos previos de esta sala, sino que la regla general coincide con las conclusiones de las sentencias [372/1996, de 16 de mayo](#) [Francisco Morales Morales], y [100/2011, de 2 de marzo](#) [Francisco Marín Castán], y la excepción con la admisibilidad de tal circunstancia contemplada en la sentencia [60/2021, de 8 de febrero](#) [Francisco Marín Castán]”.

Sobre la designación de beneficiario, por un lado y legitimación para pedir el pago -para impedir una conducta inaceptable del prestamista y para sujetar a control el exceso, si lo hubiere- así como sobre el destino de la suma cobrada, recoge la doctrina de la sala en el fundamento de derecho 5.º, apartado 2:

“Como declaramos en las sentencias [669/2014, de 2 de diciembre](#) [Ignacio Sancho Gargallo], [222/2017, de 5 de abril](#) [Francisco Marín Castán], y [37/2019, de 21 de enero](#) [Francisco Marín Castán], en los seguros de personas vinculados a préstamos hipotecarios, el tomador/asegurado o, en su caso, sus herederos, tienen plena legitimación para reclamar a la aseguradora la indemnización pactada, aunque en la designación de beneficiarios efectuada en la póliza aparezca en primer lugar la entidad prestamista. Sin perjuicio de que, con cargo a la suma asegurada, deba entregarse en primer lugar a la entidad beneficiaria el saldo

*pendiente de amortización del préstamo vinculado al seguro, para luego abonar el remanente al asegurado o sus herederos.*

*Todo ello, porque como resaltó la citada sentencia [222/2017, de 5 de abril](#) [Francisco Marín Castán], este tipo de seguros responden a un interés compartido por el tomador/asegurado demandante y la entidad de crédito prestamista: el del primero, quedar liberado de su obligación de devolver el préstamo si se produce el siniestro; y el de la segunda, garantizarse la devolución del préstamo si no lo devuelve el prestatario en caso de muerte o invalidez”.*