

ÍNDICE

BUSTO LAGO, J. M., *La Ley por el derecho a la vivienda y el derecho subjetivo a la vivienda (The Spanish statute on the right to adequate housing and the subjective right to adequate housing)* (Tribuna)..... 2-9

ÁLVAREZ LATA, N., *El impacto de la reforma sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho Civil de Galicia. Cambios pendientes e interpretaciones necesarias en la aplicación de la Ley 2/2006, de 14 de junio (The incidence of the reform of legal capacity of people with disabilities in Galician Civil Law: pending changes and necessary interpretations)*..... 10-44

GARCÍA PÉREZ, R., *Del uso a título de marca a la aplicación funcional del Derecho de marcas (o sobre cómo aplicar el Derecho de marcas de manera conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia) [Parte I] (From the Use as a Trade Mark to the Functional Application of Trade Mark Law (Or on how to apply Trade Mark Law in accordance with the case law of the European Court of Justice) [First part])*..... 45-90

JORDÁ CAPITÁN, E. R., *El marco normativo de la responsabilidad civil al servicio de la transición ecológica y digital (Legal framework of civil liability at the service of the ecological and digital transition)* 91-147

RODRÍGUEZ PINEAU, E., *La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas (The EU Proposal for a Regulation on cross-border parenthood)*..... 148-180

GARCÍA VICENTE, J. R., *Crónica jurisprudencial (VI): mayo – agosto 2023*... 181-198

LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA Y EL DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA

The Spanish statute on the right to adequate housing and the subjective right to adequate housing

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
jose.busto.lago@udc.es
Catedrático de Derecho civil
Universidad de A Coruña

Cómo citar / Citation

Busto Lago, J. M. (2023).
La Ley por el derecho a la vivienda y el derecho subjetivo a la vivienda (Tribuna)
Cuadernos de Derecho Privado, 6, pp. 2-9
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.42>

Resumen

A pesar de su título, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, no supone el reconocimiento legislativo de un derecho a la vivienda, de manera que no puede considerarse cumplida la Resolución Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 *sobre el acceso a la vivienda digna y asequible para todos* y, en consecuencia, tampoco que se garantice este derecho, declarado como un derecho fundamental en la STJUE 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13; *Monika Kušionová y SMART Capital, a.s.*). El legislador español no configura el derecho al disfrute de una vivienda como un derecho subjetivo ejercitable frente a los poderes públicos y ello pese al reconocimiento meramente formal del *derecho «a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta Ley»* (art. 8.1 de la Ley 12/2023), que se concibe como un instrumento al servicio de las Administraciones Públicas para alcanzar los objetivos marcados en sus planes; al tiempo que se imponen ciertos límites a los propietarios de vivienda (especialmente en el caso de los grandes tenedores). Estos límites se vinculan, particularmente, al deber del propietario de destinar la vivienda al uso habitacional o residencial que le es propio y a proteger a ocupantes de una vivienda en supuestos de vulnerabilidad económica.

Palabras clave

Derecho de propiedad; derecho a la vivienda; derecho subjetivo; función social; uso habitacional; vivienda; vulnerabilidad económica.

Abstract

Despite its name, the Spanish statute 12/2023 of 24 May, does not come to legally recognize a right to adequate housing, so that it cannot be understood as the means to comply with the European Parliament resolution of 21 January 2021 on access to decent and affordable housing for all. Therefore, one cannot say, as a result of the new legislation, that this right is now guaranteed in Spain; although it is a right which was qualified as fundamental by ECJ decision of 10 September 2014 (case C-34/13; *Monika Kušionová y SMART Capital, a.s.*). The new Spanish legislation does not allow to exercise the right to adequate housing against the State, although it formally declares that all have "the right to enjoy an adequate and decent home, according to the terms of this statute"

(art. 8.1 of statute 12/2023). On the contrary, the statute is designed as a legal toolbox for the Spanish public administration to reach the goals defined in its policy plans. At the same time, it sets up some limitations to the real estate owners (especially in the case of the so-called «*big land owners*»). These limitations are linked to the duty of the owners to dedicate their houses only for residential purposes and to protect the tenants in the event that they fall into a situation of economic vulnerability.

Key words

Right to private property, right to adequate housing, subjective right, social dimension of private property, residential use, house, economic vulnerability.

La crisis financiera iniciada en los años 2007/2008 ha marcado el punto de inflexión en la concepción y en la calificación jurídica del derecho a la vivienda, apuntando el inicio de su toma en consideración como un derecho humano, más allá de un mero activo financiero (condición que también conserva). Sin perjuicio de algunos precedentes en esta misma línea, la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, *sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos*, instó a la Comisión y a los Estados miembros que se aseguren de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y exigible como un derecho humano fundamental, mediante disposiciones legislativas, europeas y nacionales, aplicables y que garanticen la igualdad de acceso para todos los ciudadanos a una vivienda digna. Por su parte, TJUE ha considerado el derecho a la vivienda como susceptible de protección judicial para evitar la ejecución sobre la misma, como resulta, *v.gr.*, de su Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13; *Monika Kušionová y SMART Capital, a.s.*), en cuyo §.65 afirma que, «*en el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo [1]7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13*». Sin embargo, en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 2012 no hay una referencia expresa al derecho a la vivienda, salvo una previsión de ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes (art. 34.3); mientras que sí contempla el derecho a la propiedad privada de los bienes en su art. 17. A su vez el informe de Housing Europe “*The estate of housing in the UE 2017*” destaca como el carácter asequible de la vivienda se ha convertido en una cuestión clave, impactando en la vida de millones de ciudadanos en Europa.

En el Derecho español, en el marco del enunciado de principios rectores de la política social y económica, el art. 47 de la CE establece que «*todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*» y añade que «*los poderes públicos*

promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». Hasta la fecha han sido escasos los cambios normativos encaminados a la protección de la vivienda como ese bien inmueble especial vinculado al derecho fundamental a la vivienda, más allá de normas especiales por razón de los sujetos (*v.gr.*, la protección de la vivienda habitual en el art. 10.5 del *Estatuto del Trabajador Autónomo*) o en el ámbito concursal (art. 125.2 del TRLC y Directiva UE 2019/1023, de 20 de junio); o coyunturales como la protección de consumidores en préstamos hipotecarios (Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificada por la Ley 25/2015, de 28 de julio) y, en particular, la derogación de la conocida como acción de devastación fundada en razones de mercado que contemplaba, hasta su supresión en la reforma de mayo de 2013, en el art. 5.III de la LMH; o las dictadas para proteger a arrendatarios de vivienda en situación de vulnerabilidad en el marco de las normas promulgadas con ocasión de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19; así como de las medidas de transparencia en la contratación de préstamos de esta naturaleza que contempla la Ley 5/2019. Por otra parte, las SSTC 16/2018, 32/2018, 43/2018 y 80/2018, de 5 de julio -dictada ésta en relación con la impugnación de la constitucionalidad de distintos preceptos de la Ley, CA Valencia, 2/2017, de 3 de febrero, *por la función social de la vivienda*- contienen una suerte de reproche al legislador estatal ante la inexistencia de una legislación estatal sobre vivienda que pueda servir como una especie de parámetro de constitucionalidad de la muy prolija legislación autonómica en esta materia.

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, *por el derecho a la vivienda*, representa la primera ocasión en la que el legislador estatal ha pretendido llenar de contenido el derecho de los ciudadanos españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Sin embargo, ni siquiera llega a configurar un derecho subjetivo a la vivienda. En efecto, el art. 8 de la *Ley por el derecho a la vivienda*, entre los derechos de los ciudadanos en relación con la vivienda, enuncia, en su letra a), el derecho a «disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta Ley». Lo cierto es que el tenor del precepto no es una novedad, en tanto que, en similares términos, se recoge en la letra a) del art. 5 del RDLeg. 7/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*. Lo relevante es que no se configura el contenido de este derecho, no se delimita el sujeto pasivo del mismo y tampoco su exigibilidad ante los órganos jurisdiccionales. De esta manera y sin perjuicio de que su previsión plantee

cuestiones competenciales en relación con la asunción por los distintos Estatutos de Autonomía, sin excepción, de competencias legislativas exclusivas en materia de vivienda (al amparo de lo dispuesto en el art. 148.1.3 CE, de manera que las políticas públicas encaminadas a hacer efectivo el derecho del art. 47 CE corresponde a cada una de las CCAA, a las que corresponde también dar contenido a las obligaciones que impone el art. 47 CE), difícilmente podremos admitir que la Ley 12/2023 configure un derecho subjetivo a la vivienda entendido como un poder jurídico de disposición, unitario e independiente, del que es titular una persona para la satisfacción de sus intereses.

El art. 1.2 de la Ley 12/2023 establece que *«con objeto de asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda, será asimismo objeto de esta ley la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto en el Ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística»*; al tiempo que, en su art. 11.1.a), contempla el deber del propietario de una vivienda de su *«uso y disfrute propios y efectivos [...] conforme a su calificación, estado y características objetivas»*. En consecuencia, el derecho al disfrute de una vivienda digna no se concibe como un derecho ejercitable frente a los poderes públicos, ni como un límite a la actuación de terceros para proteger el interés de su titular, sino como un instrumento al servicio de las Administraciones Públicas con competencias en materia de vivienda para alcanzar los objetivos definidos en sus planes.

A diferencia de lo que acontece en la Ley estatal, en el caso de algunas leyes autonómicas sí se configura un derecho susceptible de ser calificado como un derecho subjetivo. Así, la Ley, CA del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, *de vivienda*, después de establecer que *«todas las personas con vecindad administrativa en cualesquiera municipios de la CA de Euskadi tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible»* (art. 7.1), precisa que la satisfacción de este derecho podrá ser realizada por parte de las Administraciones Públicas vascas con competencia para ello mediante la puesta a disposición, en régimen de alquiler, de una vivienda protegida o de un alojamiento protegido, o incluso de una vivienda libre en caso de su disponibilidad por causa de programas de intermediación u otros, con la renta o el canon que corresponda en cada caso (art. 9.1) y que, en defecto de vivienda o alojamiento, y con carácter subsidiario, esta satisfacción podrá efectuarse mediante el establecimiento de un sistema de prestaciones económicas (art. 9.2). Por su parte, la Ley, Generalitat Valenciana, 2/2017, de 3 de febrero, *por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana*

reconoce el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo de la ciudadanía valenciana y, en particular reconoce el derecho a disponer de una vivienda asequible, digna y adecuada, así como su exigibilidad ante las Administraciones Públicas valencianas, habilitando mecanismos para la protección de los colectivos con mayor vulnerabilidad (arts. 4 y 6.2).

La toma en consideración de estas normas autonómicas parece situarnos en la línea de que la respuesta legislativa al desafío de los poderes públicos de garantizar el derecho (subjetivo) a una vivienda digna está pasando por la adopción de medidas normativas cada vez más intrusivas, tanto en la configuración del contenido del derecho de propiedad privada sobre la vivienda; como en las relaciones contractuales vinculadas al uso y disfrute de este bien, establecimiento específicas obligaciones de información precontractual, pero también y especialmente afectando al contenido propio de los derechos y obligaciones de las partes, tanto, en algunos casos, en la determinación de la renta, como, en especial, en la limitación del ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento cuando el arrendador es un gran tenedor y el arrendatario / ocupante una persona especialmente vulnerable.

En relación con esta cuestión no podemos preterir el hecho (relevante) de que muchas de estas normas autonómicas fueron declaradas constitucionales por el TC en diversas sentencias dictada a lo largo del año 2018 (en relación con Leyes de vivienda de Navarra, Aragón, Valencia y Euskadi) y que constituyen un ejemplo paradigmático de la evolución de la función social de la propiedad privada sobre la vivienda para configurar el contenido esencial de aquel derecho. En estas Sentencias, el TC da un nuevo impulso a la formulación de la función social de la propiedad privada, avalando el deber impuesto a los propietarios de viviendas de destinarlas a un uso residencial real y efectivo (como hace el art. 11.1.a de la Ley 12/2023), al tiempo que, a la luz de las mismas, se puede afirmar que el contenido esencial del derecho de propiedad privada no resulta lesionado por la imposición al propietario de deberes como el de destinar el bien efectivamente al uso que le es propio: el destino de la vivienda a un uso habitacional. En particular, la STC 32/2018, de 12 de abril, en relación con la Ley, CA Andalucía, 4/2013, de 1 de octubre declaró constitucional la redacción de su art. 1.3, del siguiente tenor *«forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el Ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística»*. La STC 32/2018 analiza

precisamente si la redacción de este precepto «supone una restricción de las facultades de uso y disposición del propietario de viviendas vedada por la configuración constitucional del derecho de propiedad al afectar a su contenido esencial indisponible para el legislador» y concluye, frente al parecer argüido por el Abogado del Estado, que el precepto no supone una innovación del contenido esencial del derecho de propiedad privada sobre las viviendas sitas en territorio de la CA de Andalucía (FJ 7º).

Sin perjuicio de ello, evidente parece que la solución a los problemas de acceso a la vivienda (con un precio o renta asequibles para el ciudadano medio) requiere la adopción de medidas estructurales, como la diversificación efectiva de formas de tenencia, innovando nuevas formas de tenencia y de uso que sean respetuosas con los estándares habitacionales exigidos por la ONU (en línea con los objetivos del *Proyecto / Informe España 2050 fundamentos y propuestas para una estrategia nacional a largo plazo* publicado por el Gobierno en el año 2021 y, en particular, de su Capítulo VI); al tiempo que es necesario adoptar medidas legislativas para contener las consecuencias negativas que sobre la vivienda tiene el progresivo proceso de urbanización y de masificación de las grandes ciudades (y, en no pocas ocasiones, al incremento exponencial del aprovechamiento de las viviendas en régimen de arrendamiento para uso turístico), íntimamente vinculado a las crecientes dificultades de acceso a la vivienda, tanto en propiedad, como en régimen de arrendamiento o en cualquier otra modalidad de derecho subjetivo que permita su uso para satisfacer necesidades habitacionales. Sin embargo, medidas de esta naturaleza apenas están presentes en la *Ley por el derecho a la vivienda*.

En este contexto se ha señalado (*rectius*, reprochado) que la Ley 12/2023 supone la conversión del derecho de propiedad privada sobre la vivienda en una especie de «*tenencia tutelada por el Estado*», de manera que el legislador puede decidir, en cada momento, qué pueden hacer, o no, los propietarios en relación con este objeto del derecho de propiedad privada (NASARRE AZNAR, «El Proyecto de Ley de vivienda 2022», *Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19* [FEDEA], abril de 2022). En particular, el art. 10 de la *Ley* rubricado «*contenido del derecho de propiedad de la vivienda: facultades*», constituye un ejemplo de una concepción estatutaria del derecho de propiedad privada sobre la vivienda, enunciando los derechos y facultades que la normativa administrativa prevé. Es ilustrativa de esta concepción la previsión del art. 10.2 de la *Ley* en tanto que atribuye a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda la facultad de «*velar por el pleno ejercicio de los derechos de la propiedad*

de vivienda». A su vez, el ap. 2 del mismo art. 11 de la Ley 12/2023 señala que corresponde a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda la declaración de incumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de las mismas, lo que dará lugar a la adopción, de oficio y previa audiencia del propietario -del «obligado» habla la norma-, de las medidas que prevea la legislación de ordenación territorial, urbanística y de vivienda. En relación con esta declaración pública del incumplimiento de deberes del propietario de la vivienda se ha preconizado por el Colegio de Registradores la previsión de un mecanismo registral de publicidad análogo al que existe para los expedientes de disciplina urbanística.

De estas normas se ha derivado la ya referida afirmación de la asunción legislativa de una concepción estatutaria del derecho de propiedad privada sobre la vivienda (así lo señala, *v.gr.*, el CGPJ en su Informe sobre el *Proyecto de Ley* del año 2022); al tiempo que la mayor parte de las normas que se han incorporado en la Ley 12/2023 para proteger a los ocupantes de vivienda (y, con ello, pretendidamente el derecho a la vivienda ejercitable frente al propietario de la misma) lo han sido en la norma procesal civil y, en particular, mediante la modificación de sus arts. 439 (que regula la inadmisión de la demanda en casos especiales), añadiendo dos nuevos apartados, el 6 (que para los casos de demandas que con fundamento en la reclamación de cantidades por impago de rentas y asimiladas o por transcurso del plazo pactado pretendan la recuperación de la vivienda arrendada; la recuperación de la vivienda cedida en precario; la protección sumaria de la posesión de la vivienda y la efectividad de los derechos reales inscritos; en el caso de que el inmueble objeto de la misma constituya la vivienda habitual de la persona ocupante exigen que se especifique esta circunstancia y, en el caso de que la parte actora sea una gran tenedora, si la parte demandada se encuentra, o no, en situación de vulnerabilidad económica) y el 7 (que para las mismas acciones que las contempladas en el art. 439.6 de la LECiv exige, si la actora es una gran tenedora y el inmueble es la vivienda habitual del demandado, exige acreditar que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efectos establezcan las Administraciones Públicas); 440 (añadiendo un nuevo apartado 5, en el que se prescribe que todas las resoluciones judiciales que tengan por objeto señalar un lanzamiento, deberán incluir el día y la hora exacta en la que tendrá lugar, aun cuando se haya intentado llevar a cabo con anterioridad); 441 (modificando sus apartados 1.bis, atinente a la notificación de las demandas de recuperación de una vivienda o de parte de ella, y 5 y se añaden los apartados 6 y 7), 549.3 y 4; 655.bis (en relación con la subasta de bienes inmuebles); la modificación

del art. 675, del 685.2 y del 704.1; al tiempo que se añade a la LECiv una DA 7^a (en relación con la medida cautelar de desalojo en los procedimientos penales seguidos por delito de usurpación del art. 245.2 del CP).

La *Ley por el derecho a la vivienda* no contempla este derecho subjetivo, sino que establece las bases para la configuración del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles destinados a vivienda como un derecho estatutario, al tiempo que limita las facultades de protección y de exclusión de terceros que conforman el contenido propio del derecho de propiedad privada cuando tiene por objeto un bien de aquella naturaleza.

**EL IMPACTO DE LA REFORMA SOBRE EL EJERCICIO DE LA
CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL
DERECHO CIVIL DE GALICIA. CAMBIOS PENDIENTES E
INTERPRETACIONES NECESARIAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY
2/2006, DE 14 DE JUNIO**

*The incidence of the reform of legal capacity of people with disabilities in Galician
Civil Law: pending changes and necessary interpretations*

NATALIA ÁLVAREZ LATA
natalia.alvarez.lata@udc.es
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

Cómo citar / Citation

Álvarez Lata, N. (2023).

El impacto de la reforma sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho Civil de Galicia.

Cuadernos de Derecho Privado, 6, pp. 10-44

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.43>

Recepción: 14/07/2023; aceptación tras revisión: 31/07/2023; publicación: 31/08/2023)

Resumen

El principal objetivo de la Ley 8/2021 es la adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, que afecta a todo el ordenamiento jurídico, por lo que la reforma que acomete la norma estatal ha de llevarse a cabo asimismo en los demás Derechos civiles que conviven en el territorio español. En Galicia, dicha adaptación no se ha producido aún, de suerte que este trabajo pretende analizar qué cambios (y en qué sentido e intensidad) y qué nuevas interpretaciones deberían realizarse, a nuestro juicio, en la Ley de Derecho civil de Galicia, ya por vía de reforma de las disposiciones legales en uso de sus competencias propias, adaptando la norma a las nuevas reglas derivadas de la Convención, ya por la vía de la entrada del Derecho supletorio y especialmente de la Ley 8/2021, *ex art.* 1.3 LDCG.

Palabras clave

Capacidad jurídica; Derecho civil de Galicia; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Abstract

The main objective of Act 8/2021 is the adaptation of the Spanish legal system to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which affects the entire legal system, so that the reform undertaken by the state norm must also be carried out in the other civil rights that coexist in the Spanish territory. In Galicia, this adaptation has not yet taken place, so this paper aims to analyze what changes (and in what sense and intensity) and what new interpretations should be made, in our opinion, in the Galician Civil Law, by way of reform of the legal provisions in use of their own competences, adapting the norm to the new rules derived from the Convention, already by way of the entry of supplementary law and especially of Act 8/2021, *ex art.* 1.3 LDCG.

Key words

Legal capacity; Galician Civil Law; Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL IMPACTO DE LA REFORMA EN EL DERECHO CIVIL DE GALICIA (Y EL ESCASO MARGEN DE MANIOBRA DEL LEGISLADOR GALLEGO). III. REFORMAS PENDIENTES EN LA LEY 2/2006 DE DERECHO CIVIL DE GALICIA O NUEVAS INTERPRETACIONES NECESARIAS A LA LUZ DEL DERECHO SUPLETORIO. III.1. Previo: la adquisición de la vecindad civil gallega. III.2. Derecho de familia. III.2.1. Capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales y donaciones *propter nuptias*. III.2.2. Capacidad para constituirse en pareja de hecho: revisión de la DA 3ª LDCG. III.3. Contratos. III.3.1. Capacidad para contratar de la persona con discapacidad y su aplicación al Título VII de la LDCG. III.3.2. Dos cuestiones concretas: el contrato de vitalicio y la extinción de la compañía familiar gallega. III.4. Derecho sucesorio. III.4.1. Algunas reformas en el testamento abierto. III.4.1.2. *La necesaria supresión de la concurrencia de testigos del art. 184 LDCG*. III.4.1.3. *La modificación del art. 185 LDCG sobre la capacidad de los testigos*. III.4.2. Capacidad para otorgar pactos sucesorios: el art. 210 LDCG. III.4.3. Concurrencia de personas con discapacidad en la partición. III.4.3.1. *En la partición convencional de los herederos: las reglas de los arts. 271 y 294 LDCG*. III.4.3.2. *En la partición realizada por el contador-partidor*. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Según su Disposición Final segunda, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica –en lo que se refiere a las normas sustantivas de Derecho civil (cfr. arts. 2º y 5º y DDTT 1ª, 2ª y 3ª)- se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8.ª CE, por lo que deja a salvo la competencia en materia de conservación, modificación y desarrollo de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, en el ámbito de las materias reguladas. Como es sabido, el principal objetivo de la Ley 8/2021 es la adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPD), que empapa todo el ordenamiento jurídico, por lo que la reforma que acomete la norma estatal ha de llevarse a cabo asimismo en los demás Derechos civiles que conviven en el territorio español. En Galicia, dicha adaptación no

se ha producido aún –aunque está en proceso, quizás en el seno de una reforma más ambiciosa-, de suerte que este trabajo pretende analizar qué cambios (y en qué sentido e intensidad) y qué nuevas interpretaciones deberían realizarse, a nuestro juicio, en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG), ya por vía de reforma de las disposiciones legales en uso de sus competencias propias –adaptando la norma a las nuevas reglas derivadas de la CDPD-, ya por la vía de la entrada del Derecho supletorio y especialmente de la Ley 8/2021, *ex art.* 1.3 LDCG. Anticipamos ya que, desde nuestra perspectiva, la intervención del legislador en la LDCG por adaptación de las nuevas reglas debería ser de mínimos en coherencia con el nuevo principio de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y, por tanto, consistiría básicamente en la supresión de las referencias a capacidades extra, obstáculos o requisitos añadidos – presentes a lo largo de la LDCG- para la eficacia de la actuación de estas personas, con la finalidad de dar cabida a los principios de la CDPD acerca de la no discriminación de la persona con discapacidad. Más aun en un sistema jurídico, como el gallego, con escueta regulación sobre las cuestiones nucleares en las que se proyecta la CDPC y frecuentes reenvíos o remisiones a la legislación común¹.

Previamente, se hace preciso recordar, muy a grandes rasgos, el nuevo escenario que plantean tanto la CDPD como la Ley 8/2021², que establece las siguientes reglas: 1ª) El principio clave para el Derecho privado es que la capacidad jurídica es un atributo de toda persona y no puede restringirse o modificarse; es el ejercicio de la capacidad jurídica el que puede precisar medidas de apoyo para facilitar o promover la actuación jurídica de la persona con discapacidad, pero no cabe hablar de limitaciones o prohibiciones expresas o *ab initio* a su ejercicio ni de otras formas de discriminación por razón de discapacidad; 2ª) Las medidas de apoyo, judiciales y voluntarias, han de fundamentarse en los principios de proporcionalidad y necesidad, por lo que no podrán desplegarse en caso de que el ejercicio adecuado de la capacidad pueda llevarse a cabo por la propia persona, siendo preferida siempre la medida de apoyo de menor impacto en la autonomía de la persona, que siempre se trata de proteger. Dichas medidas de apoyo, que deberán estar inspiradas

¹ No es el caso de otros Derechos civiles como el aragonés, navarro o catalán. Sobre los anteproyectos y primeros comentarios a los textos de adecuación de la CDPD a dichos sistemas *vid.*: SABATER BAYLE (2022); SOLÉ RESINA (2022); EGUSQUIZA BALMASEDA (2022); AZCONA (2022); BAYOD LÓPEZ (2021); y MAYOR DEL HOYO (2020).

² Más ampliamente en ÁLVAREZ LATA (2021 b: 469 y ss.).

en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales³; 3ª) La finalidad de la prestación del apoyo no es, como hasta ahora, la protección de la persona con discapacidad y la consecución de su mayor interés, sino que el fundamento de cualquier intervención externa a través de las medidas de apoyo está en procurar que la persona con discapacidad ejercite su capacidad jurídica en condiciones de igualdad de acuerdo con su propia autonomía, es decir, de acuerdo con su “*voluntad, deseos y preferencias*”, incluso a costa de que dicha persona se equivoque en su decisión en contra de lo que podría considerarse un interés objetivo⁴. 4ª) No es claro en la CDPD ni en la Ley si el interés superior de la persona con discapacidad podría constituirse en criterio orientador de la intervención de quien presta apoyo, cuando no se pueda determinar la voluntad y preferencias de la persona; las intervenciones judiciales que prevé el sistema parecen ejemplos de esta posibilidad dando posibilidad al juez, en ocasiones, de desviarse de la voluntad de la persona para decidir sobre la base de otros criterios, que no puede ser otro que el del interés de la persona (así, cfr. arts. 264; 271 y ss., y 295 CC, entre otros). En estos casos, cuando no hay voluntad conocida o inferida, cabría apelar al criterio del mayor interés, por otro lado, presente en el art. 12 CPDC. 5ª) En sintonía con lo precedente, las funciones representativas (de las medidas de apoyo) se dibujan como “residuales” (cfr. art. 249 CC y 12 CDPD); no obstante, la reforma ha dado luz verde a la curatela con funciones representativas y la guarda de hecho se ve reforzada con las actuaciones representativas del guardador, aunque, en ambos casos, de forma excepcional, queriendo huir de remisiones genéricas a una representación para los actos patrimoniales. 6ª) El destinatario del nuevo sistema *son las personas con discapacidad que necesitan apoyos*, concepto que queda conscientemente ambiguo evitando referencias médicas o diagnósticas; hay consenso en entender que las medidas de apoyo que se regulan en los arts. 249 y ss. CC y la mayor parte de las referencias a la “persona con discapacidad” se refieren a quien no puede ejercitar sin dichos apoyos su capacidad jurídica porque la discapacidad le ocasiona dificultades para conocer, comprender y actuar con relevancia jurídica los actos de que se trate (lo que remite a un plano psicosocial o intelectual de la discapacidad). 7ª) La reforma de la LN y del RN llevado a

³ *Vid.* las primeras interpretaciones del Tribunal Supremo en las SSTS de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4002); de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021\4847); de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021\4958); 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023\356); de 23 de enero de 2023 (JUR 2023/164348).

⁴ No obstante, véase la STS (Sección Civil, Pleno) 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4002), muy criticada por la doctrina.

cabo por la Ley 8/2021 y la necesaria intervención del notario en muchos de los negocios jurídicos que requieran forma pública hace que los fedatarios públicos conviertan en apoyos institucionales e instrumentales de las personas con discapacidad (arts. 255 y 665 CC, entre otros; cfr. art. 25 LN) y que asuman un papel protagonista en la evaluación de la capacidad de la persona con discapacidad *ex art. 17.bis LN*⁵.

Tampoco es baladí apuntar, en esta introducción, que dos años después de la entrada en vigor de la norma, la aplicación de los grandes principios señalados *supra* y la “razonable desjudicialización”⁶ que se ha pretendido en la Ley 8/2021 –y que, en general, ha sido aplaudida por la doctrina– aún no ha cuajado a la luz de las resoluciones de muchas Audiencias Provinciales, excesivamente conservadoras y, a nuestro juicio, poco respetuosas, por ejemplo, con el carácter subsidiario de las medidas de apoyo judiciales, preceptuado en el art. 255 CC y recordado recientemente por la clarísima STS, Sala 1ª, de 23 de enero de 2023 (JUR 2023/164348) –mucho más alentadora que otras del mismo Tribunal⁷– que insiste en “*la apreciación de la necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo*” y en el carácter subsidiario de las medidas judiciales, poniendo en valor las nuevas facetas representativas de la guarda de hecho⁸. No obstante, bajo la excusa de las molestias que se han de evitar a la “guardadora de hecho a un peregrinaje constante para solicitar autorización judicial en relación con actos tan nimios como sacar

⁵ Este juicio de capacidad gana protagonismo en los actos y negocios jurídicos realizados ante notario, y debe completarse con lo establecido en los arts. 156,8 y 167 RN (y asimismo interpretado conforme a las Circular 2/2021, de 1 de septiembre, y 3/2021, de 27 de septiembre del Consejo General del Notariado, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad. Dicho juicio notarial, que genera una presunción *iuris tantum* de que dicha persona consiente válidamente con o sin apoyos, no se basa ni constata la capacidad que ya se tiene, ni evalúa la discapacidad de la persona, sino debe referirse, en realidad, a la influencia de dicha condición en la aptitud para otorgar el consentimiento necesario para realizar un acto jurídico determinado en un momento también concreto (ÁLVAREZ LATA 2021.a): 995 y ss.). Como se ha señalado (AMUNÁTEGUI 2022: 90 y ss.), en determinados casos, puede que no se permita a una persona sin apoyos (o que los tenga y actúe sin los mismos) la realización de determinados negocios, teniendo en cuenta su complejidad y las circunstancias personales de la persona con discapacidad, debiendo dejar constancia de esta circunstancia. Sobre este juicio de capacidad: *vid.* TENA ARREGUI (2022); ÁLVAREZ-ROYO (2022).

⁶ Como dice DE VERDA BEAMONTE (2022: 68).

⁷ También en el mismo sentido, la STS de 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023\356).

⁸ Dice la STS de 23 de enero de 2023 (JUR 2023/164348): “De esta forma, la Ley 8/2021 ya no contempla la guarda de hecho como una situación transitoria y provisional, avocada a desaparecer, tal como se introdujo en la Ley 13/1983, *de Reforma del Código Civil en materia de tutela*, en la que debía dar tránsito a una medida institucional y de nombramiento judicial. Este cambio de planteamiento para la guarda de hecho de las personas con discapacidad se anuncia ya desde el Preámbulo de la misma Ley 8/2021 [...]. En el nuevo régimen legal, con independencia del grado de discapacidad, las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las medidas voluntarias como respecto de la guarda de hecho. [...] Es decir, si de hecho hay alguien que, a pesar de no haber sido designado voluntariamente por el propio interesado (apoyos voluntarios) ni nombrado por el juez (apoyos judiciales), se está encargando eficazmente de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se da el presupuesto que exige la nueva ley para que el juez adopte una medida de apoyo”.

pequeñas cantidades de dinero” o “por cuanto requerir de las personas guardadoras que para todos los actos que deban hacerse deban acudir a la autorización siendo estos todos en el presente caso, supone un gravamen perjudicial para la persona que necesita dichos apoyos, por el retraso que puede conllevar y por tanto para su mejor calidad de vida”, no son pocas las resoluciones de Audiencias que, a pesar de existir una medida voluntaria, como la guarda de hecho, configuran una curatela representativa muy amplia siguiendo inercias del Derecho pre-reforma (*cf.* SSAP de León, Sec. 1ª, 8 de febrero de 2023 [JUR 2023\118082]; Valencia, Secc. 10ª, de 9 de febrero de 2023 [JUR 2023\130090]; Pontevedra, Secc. 6ª, de 1 de febrero de 2023 [JUR 2023\149223]; Málaga, Secc. 6ª, de 20 de septiembre de 2022 [JUR 2023\179768]). En cambio, otras (SSAP de Madrid, Secc. 31ª, 31 de marzo de 2022 [JUR 2023\109256]; A Coruña, Secc. 6ª, de 31 de enero de 2023 [JUR 2023\101477]) consideran suficiente la guarda de hecho, revocando curatelas en casos muy semejantes a los de las resoluciones precedentes -necesidad de “apoyo en cuanto a las funciones de su autocuidado en el ámbito de su salud y toma de decisiones de carácter tanto sanitario como contractual y procesal, siendo totalmente dependiente en todos los aspectos de su vida”-.

II. EL IMPACTO DE LA REFORMA EN EL DERECHO CIVIL DE GALICIA (Y EL ESCASO MARGEN DE MANIOBRA DEL LEGISLADOR GALLEGO)

Tal y como se ha indicado, respecto de otros Derechos civiles de las CCAA, el legislador estatal ha realizado la adaptación de la CDPD con total independencia y desconexión de la repercusión de los efectos que dicha regulación iba a tener en estos Derechos territoriales, lo cual se ha visto como falta de sensibilidad⁹ y de coordinación. No obstante, no hay que olvidar que la CDPD ha estado vigente en nuestro ordenamiento jurídico –en todos sus planos-, desde 2008, y que las CCAA que ahora se ven rezagadas y, de algún modo, supeditadas o condicionadas a la reforma que finalmente ha llevado a cabo el legislador estatal, pudieron haber tomado la iniciativa y modificar sus propias normas con arreglo a la Convención. Tal inconveniente afecta especialmente a las CCAA cuyo Derecho civil se ha dotado de un régimen sobre personas con discapacidad o instituciones tutelares o que regulan profusamente aspectos relacionados con la capacidad. No acontece esto en el Derecho gallego; la LDCG no cuenta con una ordenación propia de la capacidad ni de las instituciones de guarda de las personas con

⁹ En un sentido similar se han pronunciado: AZCONA (2022: 1583); MAYOR DEL HOYO (2020: 231).

discapacidad –la original regulación de la autotutela en la LDCG ha quedado derogada por la STC 133/2017-. En todo caso, la alusión en la LDCG a requisitos de capacidad de los otorgantes en la regulación de diferentes negocios jurídicos y otras cuestiones relevantes a las relaciones jurídico patrimoniales de estas personas, hace preciso que se analice el impacto de la reforma en las instituciones gallegas. El cambio que ha supuesto la incorporación de la CDPD a nuestro ordenamiento jurídico, y ahora la promulgación de la Ley 8/2021 que hace patente ya en el Derecho estatal dichas transformaciones, obliga sin dudas al legislador gallego a una revisión de las disposiciones de la LDCG para proceder a su adecuación a las exigencias derivadas sobre todo de la CDPD.

Llegados a este punto, cabe preguntarse por la posibilidad de que el legislador gallego opte por soluciones diferentes de las que ha considerado la Ley 8/2021 para la incorporación de la CDPD, cuando tenga competencia para ello. Que interpretaciones diferentes caben está claro a la luz de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que antes de la Ley 8/2021 aplicaba la CDPD intentando interpretar las normas del CC en el sentido de la Convención (cfr. SSTS 269/2021, 654/2020 y 118/2020); y se hace nítido teniendo en cuenta las diversas opiniones de la doctrina acerca de la interpretación de la propia reforma –acerca de cómo se hizo y como se podría haber hecho-; e incluso a la luz de los diferentes proyectos y textos prelegislativos y sus justificaciones y de las diferentes adaptaciones a la CDPD de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En principio, la adaptación del Derecho civil de Galicia ha de realizarse según los principios de la CDPD, no necesariamente de la llevada a cabo por el legislador estatal por Ley 8/2021, que, no obstante, penetrará en el Derecho gallego a través de la remisión o reenvío a normas e instituciones del Derecho común y, lógicamente, a través de la cláusula del Derecho supletorio del art. 1.3 LDCG¹⁰.

Con todo, la posibilidad planteada de separarse de las coordenadas y soluciones fundamentales de la Ley 8/2021 queda ciertamente reducida en el caso del Derecho civil de Galicia, por las siguientes razones:

1^a) Porque pese a que el ejercicio de la competencia legislativa civil por las CCAA con Derecho civil propio no está acotado de manera simétrica y clara, y existe un apreciable margen sobre el juicio que realice finalmente el TC¹¹, la doctrina

¹⁰ Claramente en este sentido, EGUSQUIZA BALMASEDA (2022: 350).

¹¹ EGUSQUIZA BALMASEDA (2023: 12).

mayoritariamente aplicada por el Tribunal sobre las instituciones conexas, que es la más estricta o restrictiva¹² -y que es, por otro lado, la que se ha proyectado en la STC 133/2017, que ha considerado que el legislador gallego carece de competencias para regular la adopción y la autotutela-, haría ciertamente imposible que se introdujeran regulaciones *ex novo* ni tampoco innovaciones o actualizaciones sobre capacidad ni sobre instituciones tutelares –salvo la capacidad que pueda referirse a los pactos sucesorios, por ser institución típica-, por ser materias sobre las que no ha legislado previamente ni tiene conexión con sus instituciones, en el sentido de la doctrina empleada por el TC. En palabras de la citada STC núm. 133/2017: “Por estas razones, se ha de afirmar que el legislador gallego, al regular la adopción, no está codificando una antigua realidad existente sino innovando su Derecho, para lo que en este caso no posee competencia, ya que, reiteramos, cabe que «las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral», pero ello no implica una apertura a un «crecimiento en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos», ni a «una competencia legislativa ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugna con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE», sino a un crecimiento de acuerdo con los «*principios informadores peculiares del Derecho foral*» (STC 88/1993, de 12 de marzo, reiterada en iguales términos en la STC 156/1993, de 6 de mayo)”. Para el TC, al menos en el caso gallego, no le ha bastado “conexión”, sino que dicha conexión sea “previa” y que se lleve a cabo “con la peculiaridad” de dichas instituciones¹³. No hay razón por la que dicha tesis no se aplique ahora para neutralizar las eventuales innovaciones o variaciones que el legislador gallego pudiera hacer respecto de las del estatal porque, en general, carecerían de dicha conexión.

2ª) Porque, por otro lado, las eventuales modificaciones o variaciones que se hagan resultan condicionadas y limitadas por las realizadas en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado por la Ley 8/2021; especialmente la reforma procesal y la llevada a cabo (y la omitida asimismo) en la legislación notarial, condiciona la propia adaptación

¹² En este sentido, pueden verse las SSTC 82/2016, de 28 de abril; 110/2016, de 9 de junio; 192/2016, de 16 de noviembre; 133/2017, de 16 de noviembre y 13/2019, de 31 de enero. Sobre esta jurisprudencia e interpretación, ASÚA GONZÁLEZ (2022: *passim*).

¹³ Sobre esta idea, *cf.* BERCOVITZ (2018: *passim*). Muy crítica, GARCÍA RUBIO (2018: 9 y ss.).

que realice el legislador gallego en tanto trasciende al ordenamiento jurídico privado, afectando a normas que resultan aplicables en las diferentes CCAA¹⁴ –y, en este caso, a Galicia-. Al tiempo que somos partidarios de que los legisladores de las CCAA en el marco de sus competencias diseñen su propio sistema y adapten las normas de la CDPD, tampoco obviamos que, por lo que se refiere a los principios basilares del ejercicio de la capacidad jurídica, en sus diversos planos, una regulación unitaria en el ámbito del territorio nacional es claramente conveniente y beneficiosa para los operadores jurídicos¹⁵, en términos de eficiencia y seguridad jurídica. Es el caso de la regulación de la capacidad contractual de la persona con discapacidad, que, además, puede ser entendida dentro del perímetro del concepto de “bases de las obligaciones contractuales” y, por tanto, incluida dentro de los límites de la competencia del Estado “en todo caso” ex art. 149.1.8º CE, para establecer unas “líneas directrices y criterios globales de ordenación de los contratos” que garanticen una «mínima regulación uniforme» en esta materia “mínima regulación uniforme en materia de contratos”, en cumplimiento “de los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (art. 139 CE), solidaridad y equilibrio económico (arts. 2 y 138 CE) y planificación general de la actividad económica (art. 131 CE)” (*cf.* SSTC 132/2019 de 13 noviembre y 157/2021 de 16 septiembre).

Teniendo en cuenta lo precedente, la reforma que llevase a cabo el legislador gallego necesariamente ha de adecuar los principios y reglas de la CDPD respecto de las instituciones o reglas propias del Derecho gallego –las menos- en las que podrá despegarse de las soluciones que ha marcado la Ley 8/2021; fuera de ese ámbito, vía remisiones directas de la propia LDCG o a través de la cláusula del Derecho supletorio, serán las reglas de la Ley 8/2021 las que se aplicarán. En cualquier caso, como ya se anticipó, a salvo de las consideraciones puntuales que se hagan y con las matizaciones que se analizarán al tratar cada uno de los temas, la reforma propuesta aquí para la incorporación de la CDPD a la LDCG es de mínimos. En materia de capacidad para realizar los actos jurídicos, la opción más adecuada sería la omisión de las referencias a la capacidad en casi todos los negocios jurídicos que se regulan en la LDCG –tal y como ha hecho el legislador estatal en el art. 1263 CC o en el derogado art. 1330 CC-. Y ello porque la persona con discapacidad, según el art. 12 CDPD, no puede ser sometida a ninguna limitación por causa de su discapacidad. En otras ocasiones, el cambio tendrá

¹⁴ Véase, MAYOR DEL HOYO (2020: 235)

¹⁵ Así, EGUSQUIZA BALMASEDA (2022: 351).

que ver con la nueva condición que asume la persona con discapacidad –que no es solo una cuestión terminológica-; en este sentido, las expresiones relativas a incapaz o al incapacitado o a la persona con capacidad judicialmente modificada o a la incapacidad en general, como condición, habrán de traducirse por “la persona con discapacidad”; o la “persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”¹⁶; o, en su caso, “la persona con discapacidad por sí sola o con los apoyos y ajustes de procedimiento que, en su caso, precise” –expresión recogida en algunos pasajes (*cf.* art. 21.3 CC)- que traduce nítidamente la regla general de ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad: la persona con discapacidad podrá realizar actos con eficacia jurídica por sí misma o con los correspondientes apoyos que le sean provistos por el Derecho.

III. REFORMAS PENDIENTES EN LA LEY 2/2006 DE DERECHO CIVIL DE GALICIA O NUEVAS INTERPRETACIONES NECESARIAS A LA LUZ DEL DERECHO SUPLETORIO

Procede ahora realizar un repaso de la LDCG que detecte las normas o reglas jurídicas que han de ser reformadas en la LDCG o interpretadas en sentido diverso a como se venía haciendo, teniendo en cuenta las reglas de la CDPD y de la Ley 8/2021, como Derecho civil general del Estado y, por tanto, supletorio para el Derecho gallego *ex* art. 1.3 LDCG.

Hemos dividido el análisis de las reformas por las áreas más relevantes. Dejamos al margen reformas puntuales con menos enjundia, como, por ejemplo, la necesaria modificación del art. 10.1.4º LDCG que considera que la actuación de la entidad pública respecto a la persona menor declarada en desamparo consistirá en promover ciertas medidas entre las que está “4º. *La declaración de incapacidad del menor, en caso de que concurre alguna de las causas de incapacitación*”, medida que actualmente no cabe, en tanto que se ha derogado la institución de la incapacitación y su variante de la declaración judicial de modificación de la capacidad. A los efectos de la adaptación de esta norma, téngase en cuenta que el art. 254 CC establece el nuevo régimen de la provisión de medidas de apoyo en la persona menor de edad para que entren en juego con la mayoría

¹⁶ Téngase en cuenta, en este punto, las indicaciones de la DA 4ª CC, párrafo II: “*A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*”.

de edad de la persona y que pueden ser previstas a partir de los dieciséis años, siempre que la situación de la persona tenga la suficiente entidad para que se prevea la necesidad de los apoyos sin solución de continuidad. Como antes, dichas medidas de apoyo pueden ser solicitadas a la autoridad judicial por el tutor, que abarca tanto al judicialmente nombrado como a la Administración pública que haya asumido la tutela administrativa – como es el caso del precepto a modificar-. Por tanto, el nuevo art. 10.1.4º LDCG habrá de indicar: “4º. La adopción de medidas de apoyo para cuando concluya la minoría de edad en el caso del art. 254 CC”.

III.1. Previo: la adquisición de la vecindad civil gallega

Se nos permitirá una breve y previa anotación respecto de la adquisición (o renuncia) de la vecindad civil, en tanto en cuanto resulta requisito primigenio para la sujeción al Derecho civil de Galicia. Conforme al art. 4 LDCG, “*la sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común*”, por lo que las reglas que han de aplicarse son las establecidas en el CC. La adquisición de la vecindad civil no ha sido modificada por la Ley 8/2021 en lo que se refiere a los supuestos del art. 14 CC; sí, en cambio, en lo que hace al art. 15 CC, regulador del derecho de opción del extranjero por el Derecho civil de que se trate, que ahora reza: “*Esta declaración de opción se formulará, según los casos, por el propio optante, solo o con los apoyos que la persona con discapacidad, en su caso, precise, o por su representante legal. [...]*”. Cambios que se han incorporado también a los arts. 20, 21 y 22 CC que modifican las declaraciones llevadas a cabo por el representante del incapacitado por la que hace directamente la persona con discapacidad “*con los apoyos y ajustes de procedimiento que, en su caso, precise*” (cfr. art. 21.3 CC).

Sin embargo, no puede pasar desapercibido que a través del art. 14 CC también cabe hacer declaraciones ante el Registro civil para mantener o no la vecindad civil del español. Y comoquiera que en ellas no “saltó” la condición de incapacidad del declarante, tampoco el legislador hizo ningún tipo de indicación al respecto, cuestión esta criticada por la doctrina¹⁷. En este sentido, hay que tener en cuenta que el CDPD señala, en su art. 18.1, que “*Los Estados Partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás, incluso asegurando que las*

¹⁷ MORENO SÁNCHEZ-MORALED A (2022: 643-668); VAQUERO LÓPEZ (2021: 116 y ss.).

personas con discapacidad: a) Tengan derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privadas de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad” –que, en este punto, ha de hacerse extensivo a la vecindad civil, como determinante de la ley personal en nuestro país-. Es por ello, que las personas con discapacidad deberán disponer de los apoyos y ajustes razonables para que puedan adquirir, conservar o recuperar la nacionalidad (y la vecindad civil) sin discriminación por razón de su discapacidad, teniendo en cuenta la regla del ejercicio de la capacidad jurídica del art. 12 CDPD.

Por tanto, las declaraciones que se realicen por la persona con discapacidad relativas a la adquisición, mantenimiento o renuncia de su vecindad civil habrán de ser interpretadas en el mismo sentido que lo hace el art. 15 CC y los arts. 20 y ss. CC: habrá de ser la persona con discapacidad, por sí misma o con los apoyos que precise –incluso a través de su representante legal-. A esta interpretación debe remitirse el art. 4 LDCG.

III.2. Derecho de familia

Como ya se anticipó, la CDPD, y ahora la Ley 8/2021, es contraria a cualquier discriminación y limitación previa del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, por razón de la discapacidad. Esto es, la regla, también en los negocios de Derecho de familia, es que la persona con discapacidad podrá realizar el acto por sí misma o con los apoyos ya provistos o que le puedan proveer para el acto en concreto (cfr. posibilidad de nombrarle un defensor judicial), salvo que, lógicamente, el juez al haber nombrado los apoyos resuelva otra cosa. Ahora bien, es preciso indicar que resultan claramente reprochables –tal y como lo eran asimismo antes de la reforma, pero ahora con mayor razón- y contrarias a los principios de la CDPD las decisiones judiciales que limitan genéricamente y *a priori* la capacidad para realizar los actos de la persona con discapacidad por sí misma y le imponen con carácter general la asistencia necesaria del curador no representativo a todos los actos de naturaleza patrimonial¹⁸, o, en su caso, a la representación del curador en todos los supuestos, de manera genérica, lo cual resultaría contrario al art. 269 CC, según el cual no puede incluir en la resolución judicial “*la mera*

¹⁸ Es el caso de la SAP Valencia, Secc. 10ª, de 20 de octubre de 2021 (JUR 2022\24387): “Esta asistencia tendrá por objeto, también en la línea de lo informado por el médico-forense, los actos patrimoniales de mayor trascendencia, que son los de naturaleza económica enunciados en el art. 287 CC. También deberá el curador procurar la adecuada toma de medicación y el seguimiento del tratamiento médico prescrito al demandado, y tal como ha solicitado expresamente el Ministerio Fiscal, se dispone que el curador se coordine con los servicios sociales de base de la población de residencia del demandado para la adecuada prestación de los servicios asistenciales y de asesoramiento en aquellos actos que precise el demandado”.

privación de derechos”, lo que acontecería en algunas ocasiones precisamente en el Derecho de familia, dada la naturaleza personalísima de los actos y negocios jurídicos que se llevan a cabo en este ámbito.

La LDCG apenas regula la capacidad para realizar actos o negocios jurídicos en esta materia. Menciona someramente alguna cuestión referente a la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales y para realizar donaciones *propter nuptias*; sí es más expresa en lo que se hace a la constitución de la pareja de hecho conforme al Derecho civil de Galicia, como se verá.

III.2.1. Capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales y realizar donaciones propter nuptias

Con clara inspiración en la regulación del CC, el art. 173 LDCG (“*Las capitulaciones podrán otorgarse antes o durante el matrimonio y habrán de formalizarse necesariamente en escritura pública*”) recoge las reglas de los arts. 1326 y 1327 CC en la materia. En general, la parca regulación de las capitulaciones en la LDCG implica que, *ex art. 1.3 LDCG*, les sean aplicables los arts. 1325 y ss. CC, en cuanto a los sujetos y su capacidad, reglas sobre eficacia, ineficacia y modificación, etc., con determinadas precisiones.

Por lo que respecta a la *capacidad para otorgar*, hasta el momento se han venido entendiendo aplicables las reglas de los arts. 1329 CC (para los menores) y 1330 CC (para los incapaces), con la salvedad de que en dichas capitulaciones se contuvieran pactos sucesorios, en cuyo caso habrá que estar a la regla sobre capacidad para otorgar estos pactos (art. 210 LDCG: persona mayor de edad con plena capacidad de obrar; *ex art. 174 LDCG*). Lógicamente la derogación del art. 1330 CC por Ley 8/2021 prescribe un cambio de la interpretación tradicional de la capacidad para capitular en la LDCG, al que queremos referirnos.

Con todo, téngase en cuenta que el antiguo art. 1330 CC no limitaba en absoluto la posibilidad de que la persona con discapacidad dispusiera en capitulaciones ya que establecía que “*el incapacitado judicialmente solo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador*”. Y ello en lógica congruencia con la capacidad de la persona para contraer matrimonio (*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*). Con la reforma, y la desaparición del art. 1330 CC, la capacidad para capitular en el Derecho gallego ha de someterse a la regla general de

ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad¹⁹, a la que ya hemos hecho alusión, y, por consiguiente, la persona con discapacidad puede otorgar capitulaciones matrimoniales y lo hará por sí misma –porque entiende el significado del acto en cuestión-; si no es así, habrá de realizarlo con los correspondientes apoyos que le hayan sido provistos o, en su caso, con la concurrencia del guardador de hecho. Lógicamente, si hay una medida de apoyo judicial, habrá que estar a lo que se diga en el auto de provisión, especialmente en el caso de la curatela representativa, si se incluye este negocio entre los de necesaria intervención del curador representativo.

Es preciso hacer algunas puntualizaciones al respecto: 1º) que en el caso de que las capitulaciones no sean válidas, por falta de capacidad en concreto, el Derecho gallego establece asimismo la supletoriedad del régimen de gananciales como efecto típico de esa ineficacia; 2º) que la necesaria intervención del notario en este negocio jurídico, por razón de su forma pública, promueve la posibilidad de que se incorporen apoyos propios y de que el fedatario público pueda comprobar la capacidad del otorgante para entender el acto jurídico que está realizando *ex art. 17.bis LN*, por el que de que “*el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes*” (*vid. la nota 5*); 3º) que, si dentro del contenido capitular se incluyen pactos sucesorios, entonces habrá de homologarse en teoría la capacidad a la de realizar este tipo de negocios –con la incidencia que se verá al analizar esta cuestión, más adelante-, y ello por aplicación del aún vigente art. 174 LDCG.

Por lo que se refiere a las donaciones por razón de matrimonio, el art. 175 LDCG prescribe que lo son “*las que por causa de éste cualquier persona haga en favor de alguno de los contrayentes, o de ambos, antes o después de la celebración*”. El concepto de donaciones *propter nuptias* se acerca sustancialmente al del CC, salvo por lo que constituye la especialidad del Derecho civil de Galicia: la posibilidad de que se realicen después del matrimonio -eventualidad no contemplada por el art. 1336 CC, que sólo considera donaciones por razón de matrimonio las que se hacen antes de celebrarse el mismo-. El donante puede serlo cualquier persona: tanto los futuros o ya esposos como

¹⁹ Más ampliamente sobre la derogación del art. 1330 CC, GUILARTE MARTÍN-CALERO (2021: 1027-1030).

un tercero, tanto en las donaciones de bienes presentes como futuros (en el CC, la regla del art. 1341.2 CC parece que no admite la donación de bienes futuros realizada por un tercero; y, como veremos, tampoco admite en general las donaciones *propter nuptias* entre los ya esposos).

Ya por lo que hace a la capacidad para realizarlas o aceptarlas, actualmente la LDCG sólo establece reglas especiales con respecto las donaciones de bienes futuros, que las somete al régimen de los pactos sucesorios (art. 179 LDCG). Para el resto, se entiende que se aplicarán las reglas generales del CC –lo que nos conduce a los arts. 1337 y 1338 CC y 625 CC-, relativas a la donación de bienes presentes. Así las cosas, nos remitimos a lo que se dirá en la capacidad para otorgar pactos sucesorios.

III.2.2. Capacidad para constituirse en pareja de hecho: revisión de la DA 3ª LDCG

La regulación de la pareja de hecho en la LDCG se contrae a la Disposición Adicional 3ª, reformada por Ley 10/2007, de 28 de junio, y completada por el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, *que crea y regula el Registro de Parejas de Hecho*, modificado por el Decreto 146/2014, de 13 de noviembre. Además de establecer el concepto de pareja de hecho –que precisa la inscripción en un registro *ad hoc*-, el principal efecto de la norma es la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio: “*a los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges*”. Para la válida constitución de la pareja de hecho, la DA 3ª LDCG exige que los componentes de la unión sean “*dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio*”. Asimismo, se contempla la posibilidad de que los convivientes otorguen en escritura pública pactos para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, lo que hace necesario también que aquellos tengan suficiente capacidad para su otorgamiento.

Hasta la reforma 2021, la capacidad para constituirse en pareja de hecho en la LDCG era asimilada a la capacidad de obrar –interpretación avalada por el art. 5 del

Decreto 248/2007, de 20 de diciembre²⁰ que señalaba como requisito a cumplir “f) *No estar incapacitados judicialmente para regir su persona*”- o a que no estuvieran incapacitados en particular para la formalización de este negocio de Derecho de familia, y ello porque, el precepto no solo exige la mayoría de edad –lo que determina que sea más estricto que para el matrimonio-, sino porque requiere además que los convivientes sean “*capaces*”, esto es, que no haya sido modificada su capacidad en la mayoría, por lo menos para llevar a cabo este negocio²¹. Esta interpretación tiene su reflejo asimismo en el art. 11.2 del Decreto, reformado en 2014, no habla de incapacitación en sentido estricto sino de incapacidad para prestar consentimiento: “Las solicitudes de inscripción (anexo I) con las declaraciones responsables de ambos de no tener constituida pareja de hecho con otra persona, de no tener relación de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado, *y de no estar incapacitados a efectos de prestar su consentimiento para constituir una pareja de hecho*, debidamente firmadas por los dos miembros de la pareja [...]”.

Sin embargo, desde la entrada en vigor de la CDPD la interpretación que implica la exigencia de una capacidad especial (y mayor que para contraer matrimonio) para constituirse en pareja de hecho no puede seguir manteniéndose de acuerdo con los principios y reglas derivadas no solo del ya mencionado art. 12 CDPD sino del art. 23.1.a CDPD que señala que “1. *Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges...*”, del que se deduce que la persona con discapacidad debe estar en condiciones de igualdad para constituir una pareja de hecho –igual que para contraer matrimonio-, siempre que pueda consentir dicho acto jurídico. Otra posición determinaría una privación de derechos, especialmente

²⁰ Art. 5 Decreto 248/2007: “Requisitos para la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho. Las inscripciones en el registro se realizarán previa solicitud de los miembros de la pareja de hecho acompañada de la documentación acreditativa del cumplimiento de los siguientes requisitos: [...] f) *No estar incapacitados judicialmente para regir su persona*. [...] colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado, *y de no estar incapacitados a efectos de prestar su consentimiento para constituir una pareja de hecho*, [...]”.

²¹ Así, BUSTO LAGO (2008: 1370).

aludida en el art. 2 CDPD y en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 8/2021, “*las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto*”. Por supuesto, tampoco puede sostenerse –como, en realidad, no podía sostenerse antes- que el juez pueda resolver en el auto de provisión de apoyos que la persona con discapacidad no puede constituir una pareja de hecho o quede limitada *ex ante* su capacidad para realizar este negocio del Derecho de familia²².

A nuestro juicio, como en el caso de la capacidad para contraer matrimonio, habría de configurarse tal y como se ha predicado para el esto de negocios jurídicos, teniendo en cuenta los ya conocidos arts. 12 y 23 CDPD y asumiendo además la peculiar naturaleza del negocio que, tanto para el matrimonio como para la pareja de hecho, está ligado con el derecho a fundar una familia, aunque también tenga derivaciones patrimoniales importantes. En este sentido, podría recurrirse al modelo del art. 56.2 CC, re-reformado por Ley 4/2017, de 24 de junio; sin embargo, no nos convence en tanto que incorpora el dictamen médico como modo de asegurar la validez del matrimonio²³ –lo que resucita el modelo médico de la discapacidad e introduce, a nuestro juicio, una discriminación por razón de la discapacidad vetada en art. 2 CDPD-. Personalmente, abogo, como en otros ámbitos, por un modelo que simplemente exija la capacidad de consentir la constitución de la pareja de hecho (o del matrimonio, en su caso), en el sentido de requerir una voluntad negocial suficiente que, en este caso, suponga comprender el sentido y efectos jurídicos de la decisión²⁴. Esta declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho, en el caso de Galicia, es requisito para su constitución y ha de emitirse –salvo excepciones- “mediante comparecencia personal de ambos miembros ante el encargado o encargada

²² Sobre este asunto, y aplicando ya la CDPD, cfr. la especialmente relevante STS 15 de marzo de 2018 (RJ 2018\1478) que reconoce sobre el principio *favor matrimonii* de forma amplia la capacidad matrimonial a una persona con la capacidad modificada judicialmente y el comentario de BERCOVITZ (2018, b): “Se trata de un cambio radical que refleja en un supuesto límite hasta qué punto respetar los derechos de las personas incapacitadas, especialmente sus derechos fundamentales, puede cambiar sustancialmente los planteamientos tradicionales en cualquier materia que las afecte; en este caso en materia matrimonial. Esta Sentencia constituye un ejemplo modélico de cómo debe ser interpretado y aplicado nuestro Ordenamiento en materia de incapacitación o modificación de la capacidad para conseguir que la misma sea un cauce de protección única y exclusivamente de la persona en cuestión, y no de las personas de su entorno, ni en especial de sus familiares”.

²³ Acerca del actual art. 56.2 CC, *vid.* GUILARTE MARTIN-CALERO (2019: 115 y ss.); GÓMEZ VALENZUELA (2022: 212 y ss.). Para mejor comprensión de este precepto, véase la Resolución-Circular DGRN 23 de diciembre de 2016 y la Instrucción DGSJFP 3 de junio de 2021, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notario.

²⁴ *Cfr.* SSTS de 29 de abril de 2015 (RJ 2015\2208); y de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018\1478).

del registro (anexo II)” (art. 11.2.d del Decreto 146/2014 citado), que habría de verificar, por tanto, dicha declaración.

Así las cosas, se propone que en la DA 3ª LDCG “*dos personas mayores de edad, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de constituirse en pareja de hecho y de equiparar sus efectos a los del matrimonio*”.

III.3. Contratos

III.3.1. Capacidad para contratar de la persona con discapacidad y su aplicación al Título VII LDCG

Carece la LDCG de norma *ad hoc* que regule la capacidad para contratar de la persona, que queda al margen de sus competencias propias, por lo que las reglas del CC han de aplicarse al Título VII LDCG que regula algunos tipos contractuales del Derecho civil de Galicia: arrendamientos rústicos (arts. 99 a 126 LDCG); aparcerías (arts. 127 a 146 LDCG); vitalicio (arts. 147 a 156 LDCG); y compañía familiar gallega (art. 157 a 170 LDCG).

En este punto, hay que tener en cuenta la significativa reforma producida en el art. 1263 CC, que no concita interpretaciones unívocas en la doctrina²⁵. En todo caso, a diferencia del menor de edad, la regla general es que las personas mayores de edad pueden contratar sin ninguna limitación, tampoco de la derivada de la propia discapacidad, porque todas son todas ellas capaces para todos los actos de la vida civil *ex art. 322 CC*. La discapacidad no se configura como una limitación a la capacidad para contratar; ya que otra conclusión sería discriminatoria para ella (*ex art. 2 CDPD*) y determinaría una limitación no acorde con el art. 12.2 CDPD. Ni siquiera la resolución judicial que establezca la curatela o la curatela representativa podría establecer una restricción para contratar en general ni fijar limitaciones genéricas a la capacidad de contratar de la persona con discapacidad, al margen de determinar para qué actos la persona necesita la intervención del curador, según el art. 269 CC—que habrán de interpretarse de forma

²⁵ Sobre esas interpretaciones y la que aquí se sostiene, más ampliamente en ALVAREZ LATA (2021.a: 988 y ss.).

restrictiva²⁶-. Lo mismo ha de predicarse en el nombramiento del defensor judicial, o del guardador de hecho, para el caso de que se solicite la autorización de representación ex art. 264 CC.

Así las cosas, y según lo que se deriva de los arts. 249 y 250 CC y de la omisión del art. 1263 CC, la persona con discapacidad contratará por sí misma o con la medida de apoyo cuando esté prevista y sea necesaria –entre los apoyos, y pese a las restrictivas interpretaciones de la Observación 1ª del CDPD, afortunadamente la Ley 8/2021 incluye la regla de la representación-. La regla general, por tanto, como proyección de la general en ejercicio de la capacidad jurídica, es que el consentimiento contractual se preste por la persona con discapacidad que va a celebrar el contrato²⁷; dependiendo de las concretas circunstancias y de la complejidad del negocio y de la capacidad de discernimiento de la persona con discapacidad, la prestación de dicho consentimiento podrá ser por sí –con las explicaciones que pueda recibir (como apoyo institucional) del notario, en su caso- o ya asistida por la concreta medida de apoyo que esa persona tenga establecida. Ese apoyo, para las personas con discapacidad, es el que determina que pueda concurrir en el negocio un consentimiento contractual suficiente que sea fundamento de la vinculación contractual. La medida de apoyo es clave porque confiere esa aptitud genérica para celebrar con eficacia los actos jurídicos, presupuesto de validez de la declaración de voluntad contractual²⁸. La persona con discapacidad sin medida de apoyo establecida tiene capacidad contractual, pero para la validez del acto o negocio concreto necesitará conformar una voluntad negocial suficiente; en otro caso, corre (y asume) el riesgo de que su declaración sea nula, siempre que se pueda acreditar para ese acto la falta de consentimiento ex art. 1261 CC²⁹. Obviamente, no es suficiente, en este sentido, la prueba de la discapacidad, porque la discapacidad no es causa de nulidad contractual *per se*, sino la inexistencia de consentimiento en ese acto determinado. Se aplican, por tanto, en estos casos, las reglas generales de emisión de un consentimiento válido y suficiente para el contrato³⁰.

²⁶ PEREÑA VICENTE (2021: 234).

²⁷ GARCÍA RUBIO (2018: 19).

²⁸ SALAS MURILLO (2021: 4).

²⁹ En sentido contrario CARRASCO PERERA (2022: 239 y ss.), que entiende que no va a ser nulo dicho acto.

³⁰ Así también, AMUNÁTEGUI (2022: 91 y ss.).

Como ya se anticipó, para los actos y contratos otorgados ante notario, sigue vigente, y cobra especial protagonismo ahora, el control *ex ante* del consentimiento contractual de la persona con discapacidad que proporciona el art. 17.bis LN –y los concordantes del RN (art. 156. 8º)- que establece la obligación del notario de dar fe en la escritura de que los otorgantes a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. Juicio que, como ya se señaló, no será en sentido estricto de capacidad, sino que versará sobre que la persona con discapacidad tiene (o no) discernimiento o aptitud necesaria para ese acto concreto, precisando si es la persona con discapacidad por sí misma (solo con las explicaciones o apoyo institucional del notario: cfr. art. 25 LN) o propiamente con su medida de apoyo quien conforma un consentimiento contractual suficiente a los efectos del art. 1261 CC³¹. Dicho juicio notarial, que genera una presunción *iuris tantum* de que dicha persona consiente válidamente con o sin apoyos, no se basa ni constata la capacidad que ya se tiene, ni evalúa la discapacidad de la persona, sino debe referirse, en realidad, a la influencia de dicha condición en la aptitud para otorgar el consentimiento necesario para realizar un acto jurídico determinado en un momento también concreto³². Para remediar el problema de la insuficiencia del consentimiento contractual de la persona con discapacidad que no dispone de apoyo, se prevé la posibilidad de que el notario active el nombramiento de un defensor judicial³³, posibilidad, en realidad, planteada solo para ciertos expedientes en materia sucesoria, pese a que hubiera sido interesante extenderlo a cualquier expediente. En todo caso, siempre está disponible la genérica indicación del art. 253 CC.

³¹ Dice la Circular 3/2021 del Consejo General del Notariado: “Consecuentemente, la Ley ha modificado el artículo 1263 del Código civil para dejar claro que las personas con discapacidad pueden prestar consentimiento en el ejercicio de su capacidad jurídica. La discapacidad no es un estado civil, sino una situación de hecho que no impide el otorgamiento de una escritura pública. Sólo se podrá denegar el otorgamiento si la persona de que se trate “no puede expresar o conformar su voluntad ni aun con la ayuda de medios o apoyos para ello” (*vid.* 663 del CC) o cuando “después de haber hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar su voluntad, deseos o preferencias” (art. 249 del CC). La causa de la denegación ha de ser una imposibilidad de hecho, “sólo en los casos en que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad” (art. 269 del CC). Por tanto, sólo excepcionalmente”.

³² Véase la SAP de Badajoz 259/2021 (ROJ 1544/2021), donde se declara nula la escritura de aportación de finca urbana a la sociedad de gananciales otorgada el día 14 de abril de 2020, y se declara válido el testamento otorgado el día 24 de abril de 2020 ante el mismo notario.

³³ Se añade este párrafo a los arts. 56.1, 57.3 y 62.3 LN: “Cuando cualquiera de los interesados fuera menor y careciera de representante legal, o fuera persona con discapacidad sin apoyo suficiente, el notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial”.

III.3.2. *Dos cuestiones concretas: el contrato de vitalicio y la modificación de la compañía familiar gallega*

Por la finalidad asistencial que late en el *contrato de vitalicio*, regulado en los arts. y ss. LDCG, y por las propias cualidades personales de los participantes en el contrato, la capacidad –sobre todo- del alimentista ocupa cierta relevancia³⁴, en tanto que este contrato podría otorgarse como forma de garantizar cierta cobertura a las necesidades de la persona con discapacidad. En este sentido, y aunque también cabría la fórmula de la estipulación en favor de tercero, lo cierto es que es posible que el alimentista sea una persona con discapacidad. Ya antes de la reforma, a pesar del carácter *intuitu personae* que se proyecta en el contrato, se había entendido que cabía la posibilidad de otorgamiento por el representante legal de un incapacitado³⁵, para propiciar esta posibilidad. Ahora, en reconocimiento de la capacidad de contratar de la persona con discapacidad, según lo señalado previamente, será ella misma; o con apoyos que necesite, la que pueda contratar.

En sede de contratos, y por lo que se refiere a la *compañía familiar gallega*, hay que tener en cuenta que el art. 165 b) LDCG establece que una de sus causas de modificación lo será la “*declaración de incapacidad, prodigalidad o concurso y la ausencia, por más de un año, no motivada por la gestión social*”. La alusión a la “*declaración de incapacidad*” de una de las personas que componen la compañía habrá de eliminarse, sin duda, de la dicción de la norma, en tanto en cuanto no existe ya esa posibilidad. En este caso, en tanto que se trata de una norma sancionatoria –en la que la consecuencia constituirse en las situaciones referidas es la de la modificación de la compañía-, entendemos que ha de adaptarse de forma restrictiva, por lo que la sustitución por “*que se provea a la persona con discapacidad de una curatela representativa*”.

III.4. Derecho sucesorio

La principal incidencia en este punto tiene que ver con la regulación de la capacidad de los otorgantes o participantes de los diferentes negocios jurídicos sucesorios, ya que, en ocasiones, la LDCG contiene menciones sobre el estándar de juicio o capacidad de aquéllos. Como en los demás ámbitos, en lo no regulado se procederá a la

³⁴ Cfr. STSJ Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª, de 6 de octubre de 2015 (RJ 2015\4656); SSAP Ourense, Secc. 1ª, de 17 de febrero de 2021 (JUR 2021\121943); Pontevedra, Secc. 6ª, de 8 de octubre de 2013 (JUR 2013\35968); y Ourense, Secc. 1ª, de 22 de enero de 2009 (AC 2009\462).

³⁵ Así, PEÓN RAMA (2008: 642).

aplicación del CC y demás normas de Derecho estatal (*ex art. 1.3 LDCG*) y, por tanto, a la interpretación que la Ley 8/2021 ha realizado de la CDPD. En este sentido, hay que considerar, como reglas más relevantes que han sido modificadas en el CC y que se aplicarán supletoriamente, la capacidad para testar (arts. 663 y ss. CC)³⁶, la capacidad para aceptar y repudiar la herencia (art. 992 CC); o la derogación de la sustitución ejemplar, entre otras cuestiones. En cambio, seguirá sin aplicarse en Galicia, al menos por vía supletoria, la reforma hecha por Ley 8/2021 en el art. 808 CC en virtud del diferente sistema legitimario gallego³⁷. Más dudas suscita la aplicación de las nuevas reglas del polémico art. 753 CC, regulador de las incapacidades relativa a los cuidadores y medidas de apoyo, en tanto que puede resultar contradictoria con la libertad dispositiva del testador gallego, a la vista del art. 203 LDCG, que establece expresamente la validez de la disposición “*a favor de quien cuide al testador*”, sin otros distingos o limitaciones³⁸.

Solo un apunte. Dentro de la forma abierta notarial, destaca la posibilidad del Derecho gallego que los cónyuges o miembros de la pareja de hecho inscrita puedan otorgar testamento mancomunado en un único instrumento notarial (arts. 187 y ss. LDCG). La capacidad de los testadores debe ser reconducida a los arts. 663 y ss. CC y a lo que se dirá sobre el art. 184 LDCG, también aplicable al mancomunado. Asimismo, hay que tener en cuenta que, según el art. 191 LDCG, la revocación o modificación unilateral de las disposiciones correspondientes sólo podrá hacerse en vida de los cónyuges, por lo que “*fallecido uno de los cónyuges o vuelto incapaz para testar, las disposiciones correspondientes se convierten en irrevocables. Excepcionalmente, el sobreviviente podrá revocar las otorgadas a favor de persona que fuera declarada incapaz para suceder al otro cónyuge, o que estuviera incurso en causa de incapacidad para sucederlo, o que*

³⁶ Sobre la capacidad para testar, cfr. AMUNATEGUI (2021: 879 y ss.) y últimamente, ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2022: *passim*). En este punto, hay que hacer notar que pese a que de la dicción del art. 665 CC –y de la propia ubicación de la norma– cabría interpretar que el legislador ha querido reservar el testamento abierto notarial para la persona con discapacidad –si el notario comprueba la eficacia de dichos apoyos para conformar su voluntad–, entendemos, tal y como hemos defendido (ALVAREZ LATA 2022.a: 910 y ss.), que esta interpretación ha de corregirse de acuerdo con los principios inspiradores de la reforma, en tanto que limita la capacidad de testar de la persona con discapacidad, restringiéndole el acceso a otras formas testamentarias, por lo que lesionaría los principios del art. 249 y caería fuera de la CDPD. Otra cosa es que la opción del 665 sea la deseable y recomendada, por las garantías que confiere, al igual que lo era antes. La persona con discapacidad que prefiera optar por otras modalidades lógicamente se expone como cualquier otra persona a que sus disposiciones sean impugnadas.

³⁷ Antes de la reforma de 2021, con respecto al párrafo 3º del art. 808 CC, cfr. DÍAZ TEIJEIRO (2018: 130).

³⁸ Con todo, el art. 12 CDPD establece el mandato de la evitación de la influencia indebida en la persona con discapacidad, por lo que las salvaguardias, “*proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona*”, tendentes a este fin serían legítimas según la Convención.

hubiera premuerto”. En la integración de las expresiones del art. 191 LDCG ha de traerse a colación las nuevas reglas en materia de capacidad para testar y para suceder del CC.

III.4.1. Algunas reformas en el testamento abierto

III.4.1.2. La necesaria supresión de la concurrencia de testigos del art. 184 LDCG

Según el art. 183 LDCG el testamento abierto ordinario se otorga ante notario y no requiere la presencia de testigos. Sin embargo, el art. 184 LDCG establece que: “*Como excepción, habrán de concurrir testigos al otorgamiento del testamento abierto ordinario cuando: 1.º Lo solicite el testador o el notario. 2.º El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir*”. En realidad, el art. 184 LDCG integra el contenido del art. 697 CC, con la especialidad de que también necesita de testigos el testamento otorgado por el testador ciego y el “demente en intervalo lúcido”. A pesar de la disparidad literal que podría apreciarse entre el supuesto del art. 184 LDCG y el del antiguo art. 665 CC –antes de la reforma 2021, se entiende-, siempre se ha considerado por el TSJ de Galicia que dicha hipótesis: “*demente en intervalo lúcido*” incorpora, en realidad, el supuesto del reformado art. 665 CC. Así lo ha señalado la doctrina³⁹ y lo indica la jurisprudencia reiterada del TSJ Galicia: “*Resulta, en consecuencia, y en síntesis, que el artículo 184 LDCG dista de representar un ejemplo, por lo que hace al extremo analizado de testador "demente en intervalo lúcido", de autointegración del Derecho civil gallego que haga innecesaria o excluya la aplicación supletoria de la legislación civil estatal (cfr. artículos 149.3 in fine CE y 1.3 LDCG/2006), en concreto la del artículo 665 CC. Bien por el contrario, el artículo 184 LDCG/2006 antes que excluir la aplicación del artículo 665 CC la presupone cuando se trata del testamento que pretende otorgar el "incapacitado (con vecindad civil gallega) por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar", supuesto respecto del cual el precepto gallego completa los requisitos establecidos en el precepto estatal con el relativo a la concurrencia de testigos*”. En el mismo sentido *cfr.* SSTSJG 18/2011, de 30 de mayo (RJ 2011, 4884) (relativa a un caso de testador no incapacitado judicialmente), y después en las SSTSJG 40/2016, de 7 de noviembre (RJ

³⁹ ESPINOSA DE SOTO (2008: 788 y ss.); BUSTO LAGO (2015: 369).

2016, 5942) (tocante a un caso de testador sometido a curatela)⁴⁰ y de 20 de octubre de 2020 (RJ 2021\1586).

Así las cosas, queda claro que, a juicio de la doctrina del TSJ de Galicia, no estamos ante un caso de regla especial del Derecho gallego que excluya la del art. 665 CC, sino que, al contrario, la presupone y la completa, añadiendo la necesaria concurrencia de dos testigos. Lo dicho, era antes de la reforma de Ley 8/2021. Actualmente, y para la adaptación de la norma a la CDPD, el precepto plantea, sobre todo, dos cuestiones:

a) La primera es quien debe ser el nuevo “*demente en intervalo lúcido*” – obviamente, expresión que ha de desaparecer del texto del precepto-. Recogiendo la doctrina previa y trasladando las nuevas coordenadas del art. 665 CC al art. 184 LDCG, entendemos que la persona del art. 184 LDCG será “*la persona con discapacidad*”, que es el sujeto de la norma del CC y que, según la norma del Derecho común reformado, “*podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias*”. Como ya hemos señalado en otro lugar, considero, porque no se dice nada en otro sentido, que esa “*persona con discapacidad*” puede estar o no provista efectivamente de los apoyos (voluntarios o judiciales o informales) en el momento en que procede a testar. Aclaro esto porque, en la versión anterior, el art. 665 CC se aplicaba específicamente al “*incapacitado*” o *rectius* a la persona con capacidad judicialmente modificada y no respecto a cualquier persona “*incapaz*” (así, *cfr.* STS 27 de junio de 2005 [RJ 2005\9688]⁴¹; en cambio en el Derecho gallego, no: Derecho gallego no era así, ya

⁴⁰ STSJ Galicia 7 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5942): “Así las cosas, la conclusión que puede extraerse de la interpretación de aquellos artículos de la Ley gallega es la de que cuando se hace referencia al testamento del demente en intervalo lúcido se está refiriendo en realidad al supuesto contenido en el artículo 665 CC. De lo cual resulta que, por una parte, si se trata de persona que padezca alguna enfermedad mental que no haya sido judicialmente incapacitada [...] se aplicarán únicamente las normas generales sobre la apreciación de su capacidad, que queda remitida al juicio de capacidad que tiene que hacer el notario; por otra, que el supuesto para el que el artículo 184 LDCG exige la intervención de dos testigos, al que también se refería la LDCG 4/1995, es el que ahora regula el CC respecto de persona que haya sido judicialmente incapacitada en virtud de sentencia que no contenga pronunciamientos sobre su capacidad para testar”.

⁴¹ Por supuesto, respecto al caso del que está sometido a una curatela, el debate suscitado sobre el derogado art. 665 CC acerca de si el juez le ha conferido o prohibido expresamente la capacidad de otorgar testamento o no, ya no tiene sentido porque en atención al art. 269 CC el juez no puede incluir en la resolución judicial “la mera privación de derechos”; por lo que no es posible que se pronuncie acerca de su capacidad para

que la STSJ 2011 a incapaz no incapacitado). En cualquier caso, ahora cualquier persona con discapacidad según la disp. adic. 4ª estaría incluida en esta norma; ello puede ocurrir si ella mismo demanda su aplicación ante el notario o si el propio notario entiende que debe aplicar estas garantías, porque conoce que es una persona provista de apoyos (en este caso, sin duda) o porque advierte de su condición de persona con discapacidad –es decir, que entiende que podría necesitarlos-.

b) La segunda cuestión, en realidad, la nuclear –y que obviaría la consideración de la primera-, es si, verdaderamente, puede mantenerse actualmente esa peculiaridad del Derecho gallego que exige la presencia de dos testigos para completar la capacidad para testar de la persona con discapacidad. Porque, de acuerdo con la exégesis del TSJG, la persona con discapacidad en Derecho gallego habría de cumplimentar los requisitos de capacidad del art. 665 CC, siendo que, a mayores, habrían de concurrir al otorgamiento los dos testigos previstos actualmente en el art. 184 LDCG que suma a las hipótesis del art. 697 CC –de concurrencia de testigos instrumentales en el testamento abierto- el caso de que el testador “demente en intervalo lúcido”.

En este sentido, hay que señalar que, tras la reforma, el art. 665 CC trata de articular un sistema para conferir garantías al testamento de la persona con discapacidad y procurar dar plena efectividad a la voluntad testamentaria de la persona, configurando así un apoyo *ad hoc* en el ejercicio de su capacidad jurídica, todo ello refrendado por uniforme doctrina jurisprudencial que sostiene que la afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador –en versión actual: “de que el testador puede comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones”- ser destruida por ulteriores pruebas demostrativas en otro sentido, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción «*iuris tantum*» de aptitud⁴². Parafraseando el propio art. 665 CC, el notario habrá de asistir al testador, apoyándole en la comprensión y razonamiento de las disposiciones testamentarias que pretende otorgar, para que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias, procurando que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones. Proceso de acompañamiento que

testar –como en realidad tampoco debía hacerlo el juez en la sentencia de incapacitación, tal y como señaló la STS de 15 de marzo de 2018 [RJ 2018\1090].

⁴² SSTS de 27 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8717); de 27 de enero de 1998 (RJ 1998\107); de 15 de febrero de 2001 (RJ 2001\2051); y de 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8119).

habrá de ser facilitado “con los ajustes que resulten necesarios”⁴³. Lo que ya no se necesita es la designación de facultativos que emitan informe acerca de la aptitud mental de la persona para el acto del testamento, exigencia eliminada en el último momento del proceso legislativo en tanto vestigio del modelo médico de la discapacidad⁴⁴.

Y en este escenario, ¿tiene sentido, y es conforme a la CDPD, que el art. 184 LDCG mantenga la concurrencia de dos testigos instrumentales como regla general a mayores en el testamento de la persona con discapacidad? Al margen de que la evolución a prescindir de los testigos instrumentales se palpa desde la Ley 30/91, que suprime como requisito general el concurso de los testigos en la formalización del testamento y modifica el art. 697 CC, entendemos que ya no se sostiene que se introduzcan limitaciones o requisitos extra en la testamentifacción de la persona con discapacidad –ni psíquica ni sensorial: es decir, ni en el caso del “demente” ni del ciego del art. 184 LDCG-, en tanto que resultaría incompatible con el art. 12 CDPD, en materia de testamentifacción activa, poniendo a la persona con discapacidad en situación de igualdad a estos efectos y haciendo posible que pueda testar con todas las garantías. Hay que tener en cuenta que siendo el testamento un acto personalísimo, si no hay una expresa regulación del testamento de la persona con discapacidad que le aporte todas las garantías a su acto y que aleje los peligros de impugnaciones de terceros que se sientan desfavorecidos, la persona se vería abocada seguramente a la sucesión intestada de sus bienes. En realidad, la presencia de dichos testigos se ha visto como un requisito forma que poco aporta⁴⁵ en el ámbito de la persona con discapacidad (ni psíquica ni sensorial) ya que ni tienen como función reconocerla ni menos aún realizar juicio alguno sobre su capacidad o condición para emitir la voluntad testamentaria, cuestión reservada al notario. Su mantenimiento en el art. 184 LDCG constituiría una discriminación para la persona con discapacidad y un anacronismo.

⁴³ Sobre este asunto, véanse las explicaciones de la citada Circular 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado.

⁴⁴ Otra cosa es que el notario pueda integrar dentro de los “ajustes necesarios”, la valoración, opinión o ayuda de terceros expertos, especialmente cuando pueda tener dudas acerca de la propia condición de persona con discapacidad. Como dice la STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018\1090), dicha evaluación se configura como una garantía especial adicional, con el fin de certificar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por esa persona, lo que no parece incompatible con el sistema actual.

⁴⁵ De hecho, la STSJ de Galicia de 20 de octubre de 2020 (RJ 2021\1586), entiende admisible que la misma persona intervenga en el testamento a la vez como facultativo e intérprete, aunque exige que dichos facultativos-testigos acepten su otra función de testigos y cumplan con los requisitos de idoneidad de estos

III.4.1.2. *Modificación del art.185 LDCG sobre la capacidad de los testigos*

Como cuestión menor, la referencia del art. 185 LDCG a la capacidad de los testigos instrumentales debe ser modificada. La norma actualmente señala que “*En los casos en que sea necesaria su presencia, los testigos serán al menos dos, debiendo tener plena capacidad de obrar, entender al testador y saber firmar*”. La referencia a la plena capacidad de obrar es obsoleta y poco acorde con los principios de la CDPD.

Para los testigos instrumentales –y también para los de conocimiento-, considero que la pauta debería ser la del art. 681.4º CC, que entiende que “*No pueden ser testigos en los testamentos [...]; 4º Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical*”, reproducida en el art. 182 RN (en redacción dada por Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre): “*Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura: 1.º Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere*”.

III.4.2. *Capacidad para otorgar pactos sucesorios: redefinición de la regla del art. 210 LDCG*

Según el vigente art. 210 LDCG, solo pueden otorgar pactos sucesorios “*las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar*”. Es notorio que la norma merece una revisión a la luz del art. 12 CDPD.

Hasta el momento, la regla del art. 210 LDCG ha suscitado poca controversia doctrinal y judicial, con la excepción de la cuestión de si se aplica solo a quien ostente la vecindad civil gallega en el pacto sucesorio –necesariamente, al apartante o mejorante que deben ostentarla-, o si se aplica a todos los otorgantes, aunque su vecindad civil sea otra. En este punto, en tanto que la capacidad se rige por la ley personal podría haber diferencias, dependiendo de lo que se exija para este negocio en el Derecho común –aquí se viene equiparando a las normas para aceptar donaciones-o en los demás Derechos civiles⁴⁶. Sobre esta cuestión no hay unanimidad en la doctrina, aunque el debate no ha trascendido al foro.

Antes de entrar en la influencia de la reforma 2021 en este ámbito, se hace necesario indicar algunas notas de estos pactos que tienen impacto en la propia solución

⁴⁶ Resumen en REBOLLEDO VARELA (2008: 910).

sobre la capacidad para otorgarlos. Como en otros ordenamientos, los pactos sucesorios en Derecho gallego tienen naturaleza contractual y carácter esencialmente formal, siendo imperativo su otorgamiento en escritura pública (art. 211 LDCG); en otro caso, son nulos de pleno derecho (*cf.* STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2014 (RJ 2014\4568)). Se trata de pactos irrevocables y de naturaleza personalísima, pese a que resulta admisible el otorgamiento de los pactos sucesorios “*por poder que, teniendo carácter especial, contenga los elementos esenciales del negocio sucesorio*” (*ex* art. 212 LDCG). Esta regla, que ha sido interpretada como una quiebra en el carácter personalísimo del pacto⁴⁷, supone la entrada de un representante voluntario en el negocio sucesorio –pero no legal, que sí sería incompatible con dicho carácter personalísimo⁴⁸.

Por lo que hace a la capacidad de los otorgantes, y en sede de disposiciones generales, el art. 210 LDCG exige, como se vio, que lo sean solamente “*las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar*”, asimilada, hasta la fecha, a la capacidad para contratar del antiguo art. 1263 CC⁴⁹. Dicha regla se aplica a los dos grandes tipos de pactos sucesorios que se regulan en el Derecho civil de Galicia: los pactos de mejora (con o sin entrega de presente; arts. 214 a 223 LDCG) y la apartación (arts. 224 a 227 LDCG), sin que se establezcan normas especiales en cuanto a la capacidad por razón del tipo de pacto (renunciativo o no) o por sus efectos o teniendo en cuenta el diferente papel o participación de los otorgantes en el pacto (mejorado o mejorante, por ejemplo), como sí acontece en otros Derechos civiles (art. 50 Compilación balear; art. 431-4 del Libro IV del Código Civil de Cataluña⁵⁰).

Distinto se plantea el asunto a partir de la reforma operada en el CC en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad:

a) La remisión a la capacidad para contratar supone la entrada en juego del nuevo régimen del art. 1263 y 1301 y ss. del CC, al que ya nos referimos y al que nos remitimos. Para el caso de los pactos sucesorios, necesariamente otorgados en escritura pública, la

⁴⁷ BUSTO LAGO (2015: 409).

⁴⁸ REBOLLEDO VARELA (2008: 919) de acuerdo con arts. 210 y 212 solo cabe la representación voluntaria y nunca una representación legal.

⁴⁹ Así, BUSTO LAGO (2015: 521); y HERRERO OVIEDO (2011: 1293)

⁵⁰ Según el art. 431-4 CC Cataluña: “Los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser mayores de edad y gozar de plena capacidad de obrar. Sin embargo, si un otorgante de un pacto sucesorio tiene solo la condición de favorecido y no le es impuesta ninguna carga, puede consentir en la medida de su capacidad natural o por medio de sus representantes legales o con la asistencia de su curador”. *Cfr.* acerca de esta cuestión, la STSJ de Cataluña de 16 marzo de 2021 (RJ 2021\4196).

existencia de una voluntad negocial ad hoc habrá de ser determinada por el notario ex art. 17.bis LN⁵¹. En este juicio de capacidad, el notario habrá de valorar la aptitud exigible a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica –como ya se señaló en otros pasajes de este trabajo–, con los apoyos posibles correspondientes a cada caso, teniendo en cuenta la peculiaridad del pacto de que se trate y, por supuesto, su carácter irrevocable. Aquí podría valorarse, en cierto modo, lo que ya está consignado en otras legislaciones forales: el hecho de ser favorecido por el pacto sucesorio sin imposición de cargas. En otras palabras, no es lo mismo consentir y comprender la apartación (siendo apartado), que supone la renuncia a la legítima de manera irrevocable con el impacto que tal negocio puede conllevar en la esfera patrimonial de la persona con discapacidad que la intervención como mejorado en un pacto de mejora. No obstante, hay que tener cuidado con este razonamiento epidérmico que no profundiza en los principios y reglas de la CDPD, la cual, por un lado, toma en cuenta preferentemente la “*voluntad, deseos y preferencias*” de la persona, incluso reivindicando su “derecho a equivocarse”; y por otro, desplaza la consideración del mayor interés de la persona con discapacidad como estándar para la calificación del acto. Se incide en este punto, que ya fue tratado al inicio, porque puede haber cierta tentación por parte de quien va calificar su capacidad para realizar el acto en concreto en considerar que la persona con discapacidad podrá ser beneficiada o mejorada pero no mejorante o apartada, por el solo criterio de su mayor interés y de lo que el negocio jurídico le reporta.

b) En atención a su carácter personalísimo e irrevocable (salvo la posibilidad del mutuo disenso) -y aquí nos separamos de lo indicado sobre la capacidad para contratar-, los apoyos de los que pueda valerse la persona con discapacidad a la hora de emitir su voluntad negocial para el pacto de que se trate no pueden ser de tal intensidad que entren en el ámbito de la representación, ya que ello sería inconciliable con el carácter personalísimo del negocio jurídico; aunque en este punto, se apela a la compatibilidad

⁵¹ Así en la SAP de Pontevedra, Secc. 3ª, de 10 julio de 2019 (AC 2019\1358): no se entendió que hubiera merma de facultades de la otorgante y, por tanto, falta de capacidad o error en el consentimiento. En cambio, en la SAP de Pontevedra, Secc. 6ª, de 20 de diciembre de 2019 (JUR 2020\86736) se declara nula la escritura pública de pacto de mejora porque, pese a la presunción derivada de la declaración notarial, se prueba que la otorgante tenía un deterioro cognitivo moderado, debido al cual la médico forense “duda mucho” que Doña Andrea supiera lo que estaba haciendo al otorgar la escritura en el mes de julio de 2016 y precisa que el planteamiento previo de un familiar o persona de confianza podría condicionar la posterior declaración de voluntad manifestada ante el notario: “En base a lo expresado cabe entonces alcanzar idéntica conclusión que el juez a quo el existir un juicio de probabilidad cierto de que Dña Andrea carecía de capacidad real para efectuar la declaración de voluntad contenida en la escritura cuya nulidad se instó en la demanda”.

entre la actuación de la persona con discapacidad con apoyos deliberativos, que ayuden a conformar su voluntad y que no desvirtúen la naturaleza personalísima del acto⁵². No podría intervenir, sin embargo, el curador representativo ni el guardador de hecho con habilitación representativa *ex art.* 264 CC, ya que, por la naturaleza personalísima de los pactos sucesorios, no cabe representación legal, tal y como se venía interpretando el art. 210 LDCG⁵³. Pero obviamente ello no quiere decir que el pacto sucesorio esté vedado *a priori* para la persona con discapacidad a quien se le ha provisto de una curatela representativa, incluso cuando el juez entienda que deba ser representado *v.gr.* en actos de disposición de cuantía determinada o de carácter renunciativo, ya que según el art. 1302 CC no es impugnabile –salvo que lo haga ella misma– el contrato realizado por la persona con discapacidad en el que se ha prescindido del apoyo si el cocontratante es de buena fe, por lo que cabe perfectamente en el sistema la actuación válida de la persona también en ese ámbito de actuación otrora negada (otra cosa es que, el notario conocedor de la existencia de dicho apoyo, autorice el pacto que se pretende realizar).

III.4.3. Concurrencia de personas con discapacidad en la partición

III.4.3.1. En la partición convencional de los herederos: las reglas de los arts. 271 y 294 LDCG

Frente a la posición del Derecho común, la LDCG establece en su art. 271 que “*Si concurrieran a la sucesión menores o incapacitados legalmente representados no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial a efectos de aceptar o partir la herencia*”. Esta norma sienta la regla para el Derecho de Galicia de la no necesidad de la intervención o aceptación judicial en caso de que existan menores o personas con discapacidad, siempre que estén debidamente representados, regla que, pese a su ubicación sistemática, solo tendría su ámbito objetivo de aplicación en la partición realizada por los coherederos⁵⁴. La participación de personas con discapacidad en la partición judicial debe reconducirse al art. 783.4º LEC, modificado por la Ley 8/2021,

⁵² Ya lo defendimos en SEOANE; ÁLVAREZ LATA (2020: 166-167) para las decisiones biomédicas; incide también en la compatibilidad de los negocios personalísimos y la actuación con apoyos, GÓMEZ VALENZUELA (2022: 218-220).

⁵³ En el mismo sentido, *cfr.* art. 434-4 del CCCat.

⁵⁴ *Cfr.* DÍAZ MARTÍNEZ (2008: 1182); y BUSTO LAGO (2015: 462).

que ahora no hace ninguna previsión en concreto⁵⁵, y, respecto a la partición realizada por el contador partidor, nos remitimos a lo que se dirá *infra* respecto del art. 291 LDCG.

Como se deduce del título, esta regla se completa o reitera, en realidad, en el art. 294 LDCG que ya en sede de partición de la herencia por los herederos, establece que “*Cuando el testador no tuviera hecha la partición, los partícipes mayores de edad, los emancipados o los legalmente representados podrán partir la herencia del modo que tengan por conveniente*”.

A efectos de la adaptación de estos preceptos a la reforma, la cuestión, sobre todo, es determinar si la exclusión de la intervención o aprobación judicial en estas particiones solo se va a proyectar si el que concurre es la “persona con discapacidad sometida a curatela representativa” –que quizás es el concepto actual y más estrictamente equiparado a “incapacitado legalmente representado” del art. 271 LDCG o a “legalmente representado” del art. 294 LDCG- o si es posible que se integre asimismo en tales preceptos –y, por tanto, se excluya de la necesidad de intervención judicial ante o post a la partición- a la persona con discapacidad cuyo apoyo es la guarda de hecho, siempre que dicho guardador tenga autorización para esa representación ex art. 264 CC o, incluso, a la persona con discapacidad que carece de medidas de apoyo pero que requiera un apoyo ocasional a través del nombramiento de un defensor judicial *ad hoc* (ex art. 295.5º CC). Como en otros supuestos, en este caso, optar por una interpretación restrictiva que solo acoja a la persona con curatela representativa en la regla de la exclusión de la intervención judicial está orillando la realidad de otras personas con discapacidad que pueden acudir a dicha partición debidamente representadas y participa de las tesis excesivamente conservadoras y, a nuestro juicio, poco respetuosas, por ejemplo, con el carácter subsidiario de las medidas de apoyo judiciales señalado por el art. 255 CC, a las que me referí al inicio de estas páginas. En cualquier caso, no es baladí recordar, en primer lugar, que la representación de la persona con discapacidad, sea por la vía que fuere, tiene su fundamento en que la persona ejercite su capacidad jurídica de acuerdo con su “voluntad,

⁵⁵ Dice el art. 783.4 LEC: “El letrado de la Administración de Justicia convocará también al Ministerio Fiscal para que represente a los interesados en la herencia que sean menores y no tengan representación legítima y a los ausentes cuyo paradero se ignore. La representación del Ministerio Fiscal cesará una vez que los menores estén habilitados de representante legal y, respecto de los ausentes, cuando se presenten en el juicio o puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan a ausentarse”. La desaparición de las personas con discapacidad en esta norma –antes, el incapacitado era equiparado al menor en dicho precepto- no resuelve la intervención (o no) de los apoyos de estas personas en este acto procesal. Sobre la cuestión: CRESPO ALLUÉ (2021: 1248).

criterios y preferencias” (art. 250 CC) –y no para que el representante actúe en su mejor interés, como antaño-. Y, en segundo lugar, de acuerdo con los principios de la CDPD y de la Ley 8/2021, la persona con discapacidad solamente necesitará de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica –para lo que aquí nos ocupa, la participación en la partición entre coherederos- si realmente no puede ejercer efectivamente su capacidad jurídica de manera autónoma, ya que, sea cual sea su medida de apoyo provista o no, voluntaria o judicial, sigue conservando la capacidad jurídica.

III.4.3.2. *En la partición realizada por el contador-partidor*

El art. 291 LDCG establece que “*el contador-partidor podrá realizar el inventario por sí solo, aun cuando existan personas sujetas a patria potestad, tutela o curatela*”. Como se puede observar, y a diferencia de lo que acontecía en Derecho común, en estos casos, el art. 291 LDCG desplazaba, para el Derecho gallego, la obligación del contador partidor contenida en el antiguo art. 1057.III CC de “*inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas*”. La reforma del art. 1057 CC llevada a cabo por la Ley 8/2021 ha cambiado la redacción de la norma. Actualmente, el contador-partidor deberá citar a los representantes legales para realizar el inventario solo en el caso de que entre los coherederos haya alguno “*sujeto a la patria potestad o tutela*”, lo que solo abarca a los menores no emancipados. Si concurriese algún coheredero que “*tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas*”.

Siendo que el espíritu de la norma es abarcar a los menores (únicos sujetos actualmente a patria potestad y tutela) y a las personas con discapacidad con medidas de apoyo –incluso no representativo, ya que antes se incluía a la curatela-, la regla del art. 291 LDCG, si se decide que el contador pueda realizar el inventario por sí mismo, habría de sustituir “*personas sujetas a patria potestad, tutela o curatela*” por “*menores sin emancipar y personas con discapacidad que tuvieran dispuestas medidas de apoyo*”.

Aunque al margen de la cuestión de la concurrencia de personas con discapacidad en la partición como coherederos, no se puede pasar por algo la necesaria modificación que habrá que hacer en el art. 289 LDCG, que actualmente prescribe que será válida la partición hecha por uno solo de los contadores-partidores solidarios cuando: “[...]” 2º) *Por muerte, renuncia expresa o incapacidad de los demás quedara como partidor único*”.

Se hace preciso señalar que la Ley 2/2006 sustituyó la incapacitación -de la Ley de 1995- por la “incapacidad” del contador, huyendo de declaración o modificación judicial de la capacidad, exigencia demasiado estricta y poco operativa si se pretende la máxima amplitud del cargo solidario, sino la incapacidad del sujeto, por cualquier causa, para aceptar o hacer frente a su cargo. Aunque ya lo estimaba más conveniente en el momento de promulgación de la norma (como interpretación del precepto), me reafirmo en esa tesis y en proponer el cambio de “incapacidad” por el de “imposibilidad”, de la manera que lo hace el art. 910 CC, abarcador de cualquier causa física o jurídica que impida absolutamente el desempeño del cargo⁵⁶, sin que necesariamente se restrinja a la discapacidad.

Bibliografía

- ÁLVAREZ LATA, N. (2021, a), “Comentario al art. 1263”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2021, b) “Comentario a los arts. 249-253 y 663-665”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021.
- (2008) “Comentario a los arts. 283-293”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Comentarios a Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. y ALVAREZ LATA, N., (2020), “El marco normativo de la investigación biomédica en personas con demencia”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36.
- ALVAREZ ROYO VILANOVA, S. (2022), “Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad”, en *El notario del siglo XXI*, núm. 102.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE (2022), “Capacidad negocial de las personas con discapacidad intelectual”, en MORENO FLOREZ, R.M.: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Madrid, Dykinson.
- (2021) “Comentario a los arts. 663 y ss.”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2022), “Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 3.

⁵⁶ Cfr. ÁLVAREZ LATA (2008: 1266).

- BAYOD LÓPEZ, C. (2021), “Efectos de la reforma en materia de discapacidad en los Derechos civiles territoriales”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (Dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Madrid, Wolters Kluwers.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2018, a), “El desarrollo del Derecho Civil gallego y la costumbre”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2.
- (2018, b) “Nulidad de matrimonio por falta de capacidad para emitir el consentimiento por enfermedad mental”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 108.
- BUSTO LAGO, J.M.(Coord.), ALVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F. (2015), *Curso de Derecho civil de Galicia*, Barcelona, Atelier.
- (2008) “Comentario a la DA 3ª LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Comentarios a Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, A. (2022), “Contratación por discapacitados con y sin apoyos”, en APDC: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- CRESPO ALLUÉ, F. (2021), “Comentario al art. 783”, en GUILARTE (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2008), “Comentario al art. 271”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Comentarios a Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- DÍAZ TEIJEIRO, C. (2018), *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Thomson-Reuters-Aranzadi.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª A., (2022), “Incidencia de la Ley 8/2021 en el Derecho sucesorio de Navarra: propuestas de futuro”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2022.
- (2023) “Instituciones civiles forales «allí donde existan» y la reserva competencial «en todo caso» del Estado: Reflexiones a tenor de la STC 157/2021”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 42, enero-junio.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2022), “Capacidad para testar y discapacidades”, *Revista Derecho Privado*, noviembre-diciembre.
- ESPINOSA DE SOTO, J.L. (2008), “Comentario al art. 180”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Comentarios a Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2018), “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. en especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3.

- GÓMEZ VALENZUELA, M.A. (2022), “Matrimonio, capitulaciones matrimoniales y sociedad de gananciales conforme a las últimas reformas en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. IX, núm. 3.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019), *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del art. 23 CDPD)*, Madrid, Reus.
- HERRERO OVIEDO, M. (2011), “Capítulo 32. Pactos sucesorios en el Código Civil (y en la Ley de Derecho de Galicia”, en GETE-ALONSO (Dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Madrid, Civitas, Tomo I.
- MAYOR DEL HOYO, M^ªV. (2020), “Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?”, *RCDI*, núm. 782.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2022), “El derecho de adquirir y cambiar de nacionalidad española por las personas extranjeras con discapacidad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14.
- PEREÑA VICENTE, M. (2021), “El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil”, en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Madrid, Marcial Pons.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (2008), “Comentario a los artículos 209-227”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Comentarios a Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- SABATER BAYLE, E. (2022), “La protección jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho Privado de Navarra (Anteproyecto de Ley Foral)”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17.
- SALAS MURILLO, S. DE (2021), “La reforma de la legislación civil para el apoyo de las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos”, *Diario La Ley*, núm. 9841.
- SOLÉ RESINA, J. (2022), “La reforma del Derecho catalán en materia de discapacidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17.
- TENA ARREGUI, R. (2022), “El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 102.
- VAQUERO LÓPEZ, C. (2021), “Comentarios a los arts. 15 a 22.2 CC”, en GUILARTE (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- VERDA Y BEAMONTE, J.R. DE (2022), “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, en VERDA y BEAMONTE, J.R. (Dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch.

**DEL USO A TÍTULO DE MARCA A LA APLICACIÓN FUNCIONAL DEL
DERECHO DE MARCAS (O SOBRE CÓMO APLICAR EL DERECHO DE
MARCAS DE MANERA CONFORME CON LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL DE JUSTICIA) [PARTE I] ***

*From the Use as a Trade Mark to the Functional Application of Trade Mark Law (Or on
how to apply Trade Mark Law in accordance with the case law of the European Court of
Justice) [First part]*

RAFAEL GARCÍA PÉREZ

rafael.garcia.perez@udc.es

Profesor Titular de Derecho Mercantil
(Acreditado como Catedrático de Universidad)
Universidad de A Coruña

Cómo citar / Citation

García Pérez, R. (2023).

Del uso a título de marca a la aplicación funcional del Derecho de marcas (Parte I).
Cuadernos de Derecho Privado, 6, pp. 45-90

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.44>

(Recepción: 17/04/2023; aceptación tras revisión: 31/07/2023; publicación: 31/08/2023)

Resumen

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no requiere ya el uso a título de marca como requisito para la infracción del derecho de marca. El Tribunal de Justicia ha sustituido el análisis tradicional por otro basado en el menoscabo de las funciones de la marca. Este cambio constituye un verdadero desafío para los ordenamientos jurídicos en los cuales el uso a título de marca se encuentra profundamente asentado. El presente artículo propone una nueva forma de aplicar el Derecho de marcas –el análisis funcional– que es respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Palabras clave

Uso a título de marca; funciones de la marca; Derecho de marcas de la Unión Europea; análisis funcional

Abstract

The use of a sign as a trade mark is no longer required as a prerequisite for the infringement of a trade mark. The current approach of the Court of Justice of the European Union is based on the adverse effect on the trade mark functions. This change is challenging for those legal systems where the use as a trade mark is deeply ingrained. This article proposes a new approach to infringement cases –the so-called functional approach– consistent with the case law of the CJEU.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto *Derecho de Marcas e Inteligencia Artificial (MARIA)*, con referencia PID2020-115646RB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad).

Keywords

Use as a trade mark; Trade mark functions; European Trade Mark Law; functional approach

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL USO A TÍTULO DE MARCA. II.1. Origen y fundamento. II.2. De la concepción estricta a la amplia. II.3. El ataque del uso a título de marca por los flancos: las sentencias Adidas/Fitnessworld y L'Oréal. II.3.1. La tutela de la marca renombrada. II.3.2. La doble identidad. II.4. La jurisprudencia de los últimos años: del uso a título de marca al menoscabo de las funciones de la marca. III. EXIGIR QUE EL USO SEA A TÍTULO DE MARCA ARROJA RESULTADOS ERRÓNEOS O INCOMPLETOS. III.1. Los casos de doble identidad. III.2. La protección de la marca renombrada. IV. ¿QUÉ SUCEDE CON EL RIESGO DE CONFUSIÓN? IV.1. Introducción. IV.2. Primera cautela. IV.3. Segunda cautela. IV.4. Conclusión. V. HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA: EL LENGUAJE DE LAS FUNCIONES DE LA MARCA. V.1. El análisis funcional. V.2. Análisis funcional en los casos de riesgo de confusión. V.3. Análisis funcional en los casos de doble identidad. V.4. Análisis funcional en el caso de tutela de la marca renombrada. V.5. La importancia del análisis funcional como dique de contención. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

No es raro encontrar todavía sentencias en España con la afirmación de que el uso a título de marca es un requisito necesario para la infracción del derecho de marca.¹ El estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permite constatar, sin embargo, que el Tribunal no exige un uso de este tipo para que exista violación de marca.² La jurisprudencia del Tribunal

¹ STS 101/2016, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:627), ap. 11 del FD 3º («el titular de la marca solo puede invocar el *ius prohibendi* cuando un tercero no autorizado utilice en el tráfico económico y a título de marca un signo idéntico o confundible con la marca registrada para indicar el origen empresarial de los productos y distinguirlos de los de otra procedencia»); STS 100/2016, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:956), ap. 14 del FD 7º, en el mismo sentido que la anterior; STS 759/2015, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5693), ap. 14 de los FFDD («En este ámbito, en atención a la exigencia de que el uso del signo para identificar productos y servicios idénticos o semejantes a aquellos para los que se encuentra registrada la marca genere riesgo de confusión, es preciso que dicho uso sea percibido por los consumidores como indicador de la procedencia empresarial del producto»); STS 105/2016, de 26 de febrero, ECLI:ES:TS:2016:620, FD 3º («No obstante, dado que el derecho de exclusiva no es absoluto, tal uso únicamente será considerado infracción de marca cuando el uso de la marca ajena se haga a título de marca, es decir con el fin de identificar un determinado producto o servicio»); SAP Alicante, Secc. 8ª, 163/2017, de 10 de marzo (ECLI:ES:APA:2017:229), FD 3º; SAP Madrid, Secc. 28ª, 379/2021, de 22 de octubre (ECLI:ES:APM:2021:13059), FD 10º; SAP Madrid, Secc. 28ª, 204/2020, de 8 de junio (ECLI:ES:APM:2020:15055), FD 5º; SAP Barcelona, Secc. 15ª, 629/2020, de 23 de abril (ECLI:ES:APB:2020:4681), FD 5º, ap. 27, y SAP Alicante, Secc. 8ª, 163/2017, de 10 de marzo, (ECLI:ES:APA:2017:229), FD 3º.

La exigencia del uso a título de marca por estas sentencias no conduce necesariamente a resultados erróneos, porque en el ámbito del riesgo de confusión (no de la doble identidad ni de la tutela de la marca renombrada) puede estar justificado si se hace con las necesarias cautelas (véase el epígrafe «IV. ¿Qué sucede con el riesgo de confusión?»).

² Sack (2010: 211). Conformes, Hasselblatt y Kipping (2010:239), y Rubusch (2012:242). *Vid.* también Eichelberger (2010: 476) («La aplicación de los preceptos que regulan la infracción de marcas no requieren una prueba previa exitosa de un uso a título de marca en el sentido tradicional»); Fezer (2010: 174) («[Tras la sentencia L'Oréal] Se ha dado carpetazo a la doctrina tradicional que todavía interpretaba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el sentido de que en el marco de la doble identidad y del riesgo de confusión solo se

de Justicia de los últimos años pivota sobre otro elemento, este sí requisito indispensable para la existencia de infracción: que el uso pueda menoscabar las funciones de la marca.

La insistencia de los tribunales en el requisito del uso a título de marca no es inocua, sino que puede provocar errores o análisis incompletos de los litigios de infracción de marca. El presente estudio pretende llamar la atención sobre este riesgo y explorar vías alternativas de solución de los conflictos de marcas que sean conformes con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Para lograr nuestro objetivo, resulta necesario exponer en una primera parte qué es el uso a título de marca, cuál es su origen y fundamento, y cómo el Tribunal de Justicia, tras un periodo inicial en el que recurría al concepto (si bien entendido de forma amplia), lo ha acabado relegando a la insignificancia. En esta primera parte se muestran, además, los resultados erróneos a los que conduce exigir hoy en día el requisito del uso a título de marca para declarar una infracción de marca, con ejemplos concretos que ponen de manifiesto cómo la exigencia del requisito puede llevar a una aplicación errada del Derecho de marcas.

Si la primera parte se centra en exponer el problema y sus consecuencias indeseadas, en una segunda fase se describe una alternativa de aplicación del Derecho de marcas que resulta respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Le damos el nombre de aplicación funcional, porque pivota sobre el elemento del menoscabo de las funciones de la marca. No constituye, sin embargo, ninguna forma revolucionaria o rompedora de aplicar el Derecho de marcas. Se trata simplemente de la manera en la que lo aplica el Tribunal de Justicia, o la que se desprende de los principios sentados en su jurisprudencia. Para exponer la aplicación funcional de forma ordenada, se diferencian los supuestos de doble identidad, riesgo de confusión y tutela de la marca renombrada, y se estudian algunos casos particulares (usos decorativos, descriptivos, *merchandising*, publicidad comparativa, denominaciones sociales y réplicas).

podían atacar los usos a título de marca en el sentido tradicional»); García Pérez (2021: 188 y ss.); Hacker (2021: 1070), («puede hablarse de un cambio del uso a título de marca al uso que perjudica las funciones de la marca»); Keil (2010: 200) («Como consecuencia de la amplitud desmesurada de las «nuevas» funciones de la marca el criterio del «uso a título de marca» en el sentido que tenía hasta ahora ha sido abandonado»); Ohly (2010.a:270) («No se puede hablar ya de un requisito del «uso a título de marca»); Peguera Poch (2012/13: 204) (la «evolución jurisprudencial [del Tribunal de Justicia] consume la desnaturalización del requisito de uso a título de marca»), y Suñol Lucea (2012: 6) («el TJUE ha relajado considerablemente —sino abandonado— la exigencia de uso a título de marca a la que tradicionalmente se había supeditado la eventual violación del derecho de marca») y (2022:111) («los usos marcariamente relevantes ya no se circunscriben sólo a aquellos supuestos en los que el tercero usa el signo incompatible a título de marca, tal y como tradicionalmente se había concebido esta noción»).

En la última parte del estudio se expone el papel que juegan las limitaciones del derecho de marca en la aplicación funcional del Derecho de marcas, y se finaliza con una breve reflexión sobre una consecuencia inesperada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: la progresiva aproximación del Derecho de marcas al Derecho contra la competencia desleal.

A lo largo del artículo he utilizado, siempre que me ha sido posible, ejemplos de la jurisprudencia española. La mayoría de los casos que reseño, no obstante, provienen del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof* o BGH). Ello no responde a que la calidad de la jurisprudencia española sea baja, pues lo cierto es todo lo contrario. Jueces de lo mercantil muy formados, audiencias especializadas y un Tribunal Supremo con magistrados especialistas en lo mercantil hacen que podamos estar muy satisfechos de nuestra jurisprudencia. Lo que sucede es que la alta litigiosidad que existe y ha existido durante décadas en Alemania en este sector genera una variedad y riqueza de supuestos asombrosa. Los casos más ilustrativos los he encontrado allí. Tampoco he de negar que la calidad de la jurisprudencia del BGH en materia de marcas es excepcional. Existe una Sala especializada en propiedad industrial,³ intelectual y Derecho contra la competencia desleal, que, además, no parece que esté asfixiada por el volumen de trabajo, al contrario de lo que sucede en muchos tribunales españoles. A ello se une una actividad doctrinal muy intensa, que pone a disposición de los magistrados varios tratados actualizados sobre marcas. Todo ello produce un círculo virtuoso entre doctrina y jurisprudencia envidiable, y creo que justifica el protagonismo que el Derecho alemán cobra en este trabajo.

II. EL USO A TÍTULO DE MARCA

II.1. Origen y fundamento

La marca, en su origen, era un signo que se colocaba en un producto para indicar la fábrica de la que provenía. Es decir, que la marca constituía un signo «con que los fabricantes de buena fe distinguen los productos de sus establecimientos industriales» (Real Decreto de 20 de noviembre de 1850). Al titular de la marca se le concedía un derecho de exclusiva: era el único que podía colocar el signo sobre los productos para los que había registrado la marca. Si un tercero colocaba un signo en el producto que inducía a confusión sobre el fabricante, el tercero podría ejercitar acciones en defensa de su derecho.

³ Se excluyen los litigios de patentes, para los que existe una sala especializada.

Ejemplo: En la sentencia de lo Penal de 8 de noviembre de 1912, el Tribunal Supremo declara que «don F. del R., para expender su producto farmacéutico empleó una marca que necesariamente tenía que inducir a error a los compradores, confundiéndola con la usada con Monsieur P.F., de la cual éste había obtenido antes la propiedad, (...) No es obstáculo para que exista el delito en cuestión el que no se haya causado un perjuicio pecuniariamente aplicable, basta la posibilidad de que se produzca por la equivocación o error en que pueda incurrir el consumidor.»

Supuestos como el que acabamos de exponer son paradigmáticos de la aplicación del Derecho de marcas en una primera fase de su desarrollo. Son casos relativamente sencillos, que siguen un mismo patrón: un tercero coloca en sus productos un signo similar a una marca y el titular ejercita acciones (en España frecuentemente por vía penal) porque considera que dicho uso confunde a los consumidores, que creerán que se trata de productos comercializados por el titular de la marca.

Esta situación, sin embargo, no duraría demasiado. La variedad y riqueza del comercio, sobre todo en los países con un mayor desarrollo económico, provocó que se comenzaran a plantear litigios que se salían de este patrón general: ¿qué sucede si se usa un signo que se parece a una marca con fines meramente decorativos? ¿qué sucede si la marca de un tercero se incluye como término en un diccionario? ¿qué sucede si se utiliza en el marco de una publicidad comparativa? ¿y si se usa para indicar que el productos que se comercializa es compatible con los productos de determinada marca? etc.

Ante esta tesitura, es decir, ante el surgimiento de un universo muy rico de supuestos que va más allá de los casos tradicionales, se planteó la duda de si la respuesta jurídica debía proceder del Derecho de marcas, o si debían ser otros sectores del ordenamiento –como el Derecho contra la competencia desleal– quienes asumiesen la labor de lidiar con los usos de la marca no convencionales.

En Alemania –y esto influiría a la postre en España⁴– se optó por restringir el ámbito de aplicación del Derecho de marcas, de manera que la jurisprudencia introdujo un requisito que se debía satisfacer para que el uso de un signo por un tercero fuese infractor: el uso debía realizarse a título de marca. Uno de los casos pioneros fue el caso *Lysol*, que resumimos a continuación.

⁴ En España la recepción del uso a título de marca procede del Derecho extranjero y es, salvo error por mi parte, bastante tardía, como muestra el hecho de que el Prof. Fernández-Nóvoa no tratara el tema en su *Fundamentos de Derecho de Marcas* (1984), y que en la primera edición de su *Tratado de Derecho de Marcas* (2001) le dedicara tan solo un párrafo. Tampoco se presta especial atención a la figura en Bercovitz Rodríguez-Cano (2002).

El caso *Lysol*: La titular de la marca «Lysol», registrada para productos desinfectantes, demandó a la editora de un diccionario enciclopédico, que bajo el término «Lysol» describía la composición química del producto desinfectante comercializado bajo esa marca, sin mencionar que el signo estaba registrado como marca. En primera instancia se desestimó la demanda, pero el tribunal de apelación estimó el recurso, y el caso llegó al *Reichsgericht*. El Tribunal estima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Para que exista infracción de marca –afirma el Tribunal– el uso debe realizarse de tal forma que el consumidor medio asuma que el signo tiene por finalidad distinguir el producto de otros que tienen otra procedencia, es decir, a modo de indicador de la procedencia empresarial del producto. Según el *Reichsgericht*, esta limitación resulta de la finalidad del Derecho de marcas, que consiste en permitir distinguir los productos del titular de los de otros, y que en consecuencia exige un uso del signo que pueda generar confusión. Sentencia del *Reichsgericht* de 5 de julio de 1927, «Lysol».⁵

La sentencia *Lysol* es una de las primeras en una línea jurisprudencial muy consolidada que exigía que el tercero usase el signo como indicador de la procedencia empresarial de los productos (y posteriormente servicios). El fundamento de esta línea jurisprudencial era siempre el mismo: el Derecho de marcas tutela exclusivamente la función de indicación de la procedencia empresarial de los productos y servicios. Otras funciones que la marca pueda desempeñar (como la publicitaria) no se protegen directamente. La eventual tutela que pudieran recibir es meramente refleja (es decir, consecuencia de la tutela de la función esencial).⁶

En conclusión, el requisito del uso a título de marca surgió como resultado lógico de la convicción de que el Derecho de marcas solamente tutelaba la función de indicación del origen empresarial de la marca. El razonamiento es sencillo: si el público no percibe que el signo indica la procedencia empresarial del producto, de mala manera podrá el uso de ese signo confundir al consumidor sobre el origen empresarial del producto; y si no se produce esta confusión, no se afecta a la función de indicación del origen empresarial, única protegida.⁷ La doctrina del uso a título de marca, que se fue consolidando en la jurisprudencia, suponía una aplicación del Derecho de marcas en dos pasos. En un primer momento, el tribunal

⁵ <https://research.wolterskluwer-online.de/document/fbe05ff8-ccb9-49bb-907e-589ee6ddecad>

⁶ La doctrina era perfectamente consciente de que la marca desempeña otras funciones desde el punto de vista económico –por ejemplo la publicitaria–, pero negaba que mereciesen una tutela jurídica directa. La tutela que recibían era indirecta, es decir, derivaba de la protección que se otorgaba a la función de indicación del origen empresarial. Baumbach y Hefermehl (1979: 553 y 554).

⁷ Baumbach y Hefermehl (1979: 554).

examinaba si el uso era a título de marca, para lo que se tenía en cuenta el contexto en el que se usaba el signo. De no haber uso a título de marca, no existía infracción del derecho de marca (podía haber, eso sí, un acto de competencia desleal). De haber uso a título de marca, en un segundo momento se procedía a apreciar la existencia de riesgo de confusión, de manera abstracta, es decir, comparando la marca registrada con el signo, sin tener en cuenta el contexto en que este se usa (es indiferente el anuncio en el que se inserta, o si hay un letrero que indica que no es un producto oficial, o si el precio es tan reducido que el consumidor se percata de que se trata de una réplica, etc.).

Ejemplo: El titular de la marca LUXOR para jabones demandó a una empresa que comercializaba un jabón en cuyo embalaje aparecían impresas con arabescos y en letra de tamaño grande las palabras «LUXUS-SEIFE» (jabón de lujo) y en letra pequeña la palabra «Luhns» (el demandado era titular de la marca Luhns-Luxus). El BGH analiza en primer lugar si el uso del signo se realiza a título de marca, es decir, si el signo se utiliza de tal manera que el consumidor medio lo percibe como indicador de la procedencia empresarial del producto (o dicho de otra forma, entiende que el signo desempeña la función de distinguir el producto marcado de otros idénticos o similares de otra procedencia). Para ello, el Tribunal estudia la forma en la que el signo se usa en el embalaje (tipo de letra, posición, los colores y su contraste con el color del embalaje, etc.) y llega a la conclusión de que las palabras «LUXUS-SEIFE» destacan de tal manera que el público pertinente no lo percibe como un indicador de la calidad del producto, sino de su procedencia empresarial. En un segundo paso, y solamente tras afirmar que el uso se hace a título de marca, el BGH entra a valorar si existe riesgo de confusión con la marca del demandante (según el Tribunal, el riesgo sí existe)⁸.

II.2. De la concepción estricta a la amplia

Durante todo el siglo XX, la concepción del uso a título de marca que rigió en Alemania era una concepción estricta o restringida (también nos referiremos a ella como clásica). Las cosas cambiarían, sin embargo, como consecuencia de la sentencia *BMW* del Tribunal de Justicia⁹, que condujo a los tribunales alemanes a adoptar una concepción más amplia del uso a título de marca. Para entender la diferencia, hay que partir de que un signo puede utilizarse como indicador del origen empresarial de dos maneras:

⁸ Sentencia del BGH de 10 de mayo de 1955, I ZR 91/53, «Luxor - Luxus», *GRUR* 1955, pp. 484 y ss.

⁹ Sentencia de 23 de febrero de 1999, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) y BMW Nederland BV/Ronald Karel Deenik*, C-63/97 (ECLI:EU:C:1999:82).

a) El signo puede usarse para indicar que los productos o servicios provienen de la persona que usa el signo.

Ejemplo: Lacoste comercializa polos en cuya parte delantera superior izquierda coloca un pequeño cocodrilo. El consumidor entiende que ese cocodrilo constituye un indicador de la procedencia empresarial, de forma que asumirá que todos los polos con ese signo proceden de la misma empresa o de empresas vinculadas económicamente.

b) El signo puede usarse para hacer alusión a los productos o servicios –originales– de un tercero.

Ejemplo: Una empresa comercializa cuchillas de afeitar con la marca *ZVB* e indica en el embalaje: «cuchillas compatibles con Gillette Sensor y Wilkinson Sword». En este caso, la empresa no está indicando que las cuchillas que comercializa proceden de *Gillette* o de *Wilkinson*, pero lo cierto es que *Gillette* y *Wilkinson* se usan también como indicadores del origen empresarial. En este caso, el consumidor percibe varias marcas: una –*ZVB*– que indica que las cuchillas que se le ofrecen proceden de un determinado empresario titular de esa marca; las otras, *Gillette* y *Wilkinson*, que indican que podrá encajar las cuchillas en una maquinilla comercializada por las empresa titulares de las marcas *Gillette* y *Wilkinson*. En todos estos casos las marcas sirven para distinguir los productos que proceden de una empresa de los productos que proceden de otras.

En los dos supuestos descritos el signo se utiliza, pues, como indicador del origen empresarial, si bien la problemática que generan en Derecho de marcas es muy distinta. En la concepción clásica, solamente el primer tipo de usos se entendía realizado a título de marca. Es decir, eran usos a título de marca únicamente aquellos en los que el signo se usaba para indicar que los productos o servicios procedían de la empresa que usaba el signo. Otro tipo de usos se consideraban «usos neutrales» desde el punto de vista del Derecho de marcas.

Ejemplo 1: Afirmar que un repuesto para una aspiradora es «compatible con aspiradoras Kobold» no constituye un uso a título de marca, cuando del contexto resulta claramente que el repuesto no proviene de la empresa titular de la marca Kobold, sino de un tercero¹⁰.

Ejemplo 2: No constituye un uso a título de marca la incorporación de un coche de la marca *Rolls Royce* a un anuncio de una marca de güisqui. El público pertinente comprende perfectamente que se trata de una publicidad del licor, y no interpreta la aparición de la marca en el automóvil como una indicación de que la empresa *Rolls Royce* fabrica y distribuye el

¹⁰ Sentencia del BGH de 12 de noviembre de 1957, I ZR 44/56, «Bohnergerät», *GRUR* 1958, pp. 343 y ss.

güisqui, ni de que tenga lazos económicos o empresariales con el fabricante del güisqui. Es la Ley contra la competencia desleal, y no la de marcas, la que debe aplicarse al caso. Sentencia del BGH de 9 de diciembre de 1982, I ZR 133/80, «Rolls-Royce», *GRUR* 1983, pp. 247 y ss. Ejemplo 3: El uso que la revista *Metall* hace del logo del periódico *Bild* en el encabezamiento de un texto crítico con determinados artículos publicados en dicho periódico no se hace a título de marca. Los lectores de la revista no creerán que están leyendo el periódico *Bild*, sino que reconocen que se trata de un artículo escrito en la revista *Metall* que se publica en el marco de una disputa entre esa revista y el diario *Bild*. Sentencia del BGH de 23 de marzo de 1979, I ZR 50/77, «Metall-Zeitung», *GRUR* 1979, pp. 564 y ss.

Ejemplo 4: No constituye un uso a título de marca el uso del signo «Mordoro» en un anuncio satírico. Se trataba de una parodia de un anuncio real de la marca de cigarrillos Marlboro en el que se sorteaban varios premios. En el anuncio que dio lugar a la interposición de la demanda se cambiaba la marca Marlboro por «Mordoro» («Mörder» significa asesino en alemán) y los premios que se sorteaban eran otros (en la parodia varias enfermedades relacionadas con el consumo de tabaco). Sentencia del BGH de 17 de abril de 1984, VI ZR 246/82, «Mordoro», *GRUR* 1984, pp. 684 y ss.

Esta concepción estricta del uso a título de marca, que imperó en Alemania durante todo el siglo XX, tuvo que ser abandonada tras la sentencia *BMW* del Tribunal de Justicia. El caso *BMW* tuvo su origen en una demanda interpuesta por el fabricante de coches alemán contra el señor Deenik, que mencionaba en los anuncios de su taller de reparación de vehículos la expresión «reparaciones y mantenimiento de BMW», y se presentaba como «especialista en BMW» o «especializado en BMW». El órgano nacional remitente preguntaba al Tribunal de Justicia si este tipo de usos tenían cabida en la Directiva de marcas. No era un caso en absoluto original, y quizá lo esperable hubiera sido que el Tribunal siguiese la concepción clásica, descartando en consecuencia que el uso fuese a título de marca. No fue esta, sin embargo, la respuesta que ofreció el Tribunal de Justicia, que consideró que el uso en cuestión sí encajaba en la Directiva.¹¹

La sentencia del Tribunal echaba por tierra la concepción restringida del uso a título de marca, por lo que obligó a los tribunales alemanes a renunciar a la concepción clásica y

¹¹ Sentencia de 23 de febrero de 1999, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) y BMW Nederland BV/Ronald Karel Deenik*, C-63/97, ECLI:EU:C:1999:82, aps. 33 y ss.

sustituirla por una más amplia, en la que también quedaban englobados aquellos casos en los que se utiliza una marca ajena para distinguir productos –originales– ajenos.¹²

Ejemplo 1: El uso de una marca ajena en publicidad comparativa es un uso a título de marca. Sentencia del BGH de 2 de abril de 2015, I ZR 167/13, «Staubsaugerbeutel im Internet», *GRUR* 2015, pp. 1136 y ss.

Ejemplo 2: El uso de una marca ajena para indicar que el producto que se comercializa es compatible con los productos de esa marca es un uso a título de marca. Este ejemplo nos permite contrastar dos sentencias del BGH en casos muy similares en los que se llega a soluciones bien diferentes. Se recordará que en uno de los ejemplos mencionados al tratar de la concepción clásica (una sentencia del BGH de 1957) decíamos que afirmar que un repuesto para una aspiradora es «compatible con aspiradoras Kobold» no constituye un uso a título de marca, cuando del contexto resulta claramente que el repuesto no proviene de la empresa titular de la marca Kobold, sino de un tercero. Pues bien, en un caso muy similar de 2005, en el que la demandada afirmaba que sus repuestos para aspiradoras eran «compatibles con VORWERK KOBOLD 130», el Tribunal indica, con cita de la sentencia *BMW*, que sí existe un uso a título de marca. Sentencia del BGH de 20 de enero de 2005, I ZR 34/02, «Staubsaugerfiltertüten», *GRUR* 2005, pp. 423 y ss.

Como tras la sentencia *BMW* el concepto de uso a título de marca se ha ensanchado, los usos que *no* son a título de marca son más infrecuentes. No obstante, siguen existiendo, como ponen de manifiesto los siguientes ejemplos:

Ejemplo 1: La empresa demandada comercializaba un mosaico como este:

¹² Hotz (2003: 995). Quedan incluidos en el concepto de uso a título de marca, pues, aquellos casos en los que se usa el signo para hacer referencia a productos originales de un tercero por medio de la propia marca que ese tercero utiliza para esos productos. Se trata de casos, en definitiva, en los que «se señalan los productos correctos con la marca correcta». Ingerl (2002: 864). En Derecho español critica la concepción amplia del uso a título de marca que se desprende de la sentencia *BMW* García Vidal (2000: 75 y ss), y (2002: 354). También Galán Corona (2008:538) pone de manifiesto que «el uso del signo con finalidad distintiva ha sido interpretado con generosidad por el TJCE: ...no tiene que ser necesariamente para distinguir los propios productos o servicios del tercero, sino que puede ser para distinguir los del titular de la marca».



Versace interpuso una demanda de infracción de la siguiente marca, registrada para materiales de construcción y muebles:



El BGH afirma que el consumidor medio no considera que la cabeza de medusa del mosaico indica el origen empresarial del mismo, sino que lo tomará por un elemento puramente decorativo o por la propia configuración del producto. Queda descartada, por lo tanto, la existencia de infracción del derecho de marca. Sentencia del BGH de 23 de noviembre de 2011, I ZR 175/09, «Medusa», *GRUR* 2012, pp. 618 y ss.

Ejemplo 2: El uso del signo CCCP en la camiseta más abajo reproducida no se hace a título de marca, porque los consumidores no lo perciben como un indicador del origen empresarial de la camiseta, sino como una alusión a la desaparecida Unión Soviética. En consecuencia, no existe infracción de la marca denominativa CCCP, registrada para determinadas prendas de ropa.



Sentencia del BGH de 14 de enero de 2010, I ZR 82/08, «CCCP», *BeckRS* 2010, pp. 16047 y ss.

Ejemplo 3: El uso de una marca ajena como título de una película no constituirá por regla general un uso a título de marca, ya que los consumidores no perciben los títulos de las películas como indicadores de su origen empresarial, sino como signos que sirven para distinguir unas películas de otras. En un caso resuelto por el Tribunal Supremo, se considera que el título «Templario» no indica el origen empresarial de la película, es decir, no es un signo que indique quién la ha producido o quién la comercializa, sino que guarda una relación descriptiva, sugestiva o alegórica con el contenido de la obra. El consumidor medio no percibe el título, en definitiva, como una indicación sobre su origen empresarial.¹³ STS 759/2015, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5693).

Ejemplo 4: No constituye un uso a título de marca la utilización de la expresión inglesa «WE RIDE» escrita con grafías de colores vivos y llamativos en mangas, coderas y faldones de las prendas destinadas a la práctica del esquí, junto a otras frases motivadoras y evocadoras del esfuerzo en el deporte. El consumidor medio no entiende la expresión «WE RIDE» como un signo indicador del origen del producto (función que sí cumple el signo «WEDZE», que también aparece en las prendas), sino como un añadido ornamental de la prenda, que pretende hacerla más atractiva para quien practique deportes de nieve. SJM núm. 6 de Madrid de 30 de septiembre de 2021, *WE RIDE*, ECLI:ES:JMM:2021:14572.

En resumen, la concepción clásica del uso a título de marca es incompatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que maneja una concepción amplia.¹⁴ Este hecho ya socava en cierta medida el requisito, puesto que reduce su protagonismo a los márgenes del

¹³ «En nuestro caso, el uso del término «Templario» como título de una obra cinematográfica no encierra una conexión idónea para indicar el origen empresarial de la película (por ejemplo, del productor o de quien la comercializa). El título de la obra cinematográfica guarda relación (descriptiva, sugestiva o alegórica) con el contenido de la obra, de tal forma que para un consumidor medio no informa sobre su origen empresarial y no resulta idóneo para generar confusión.» STS 759/2015, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5693), ap. 15 de los FFDD.

¹⁴ O manejaba, porque hace tiempo que el Tribunal elude el concepto de forma pertinaz.

Derecho de marcas. No obstante, lo cierto es que la pérdida de protagonismo de la exigencia del uso a título de marca va mucho más allá de este cambio conceptual, tal y como expondremos en el siguiente epígrafe.

II.3. El ataque del uso a título de marca por los flancos: las sentencias *Adidas/Fitnessworld* y *L'Oréal*

La exigencia del uso a título de marca como requisito para la infracción tiene su razón de ser, como hemos visto, en la consideración de la función de indicación del origen empresarial como la única jurídicamente tutelada (al menos de manera directa). Es la justificación con la que nació, y es el baluarte lógico que la sostiene.

No puede extrañar, por lo tanto, que la irrupción en el Derecho de marcas de nuevas funciones directamente tuteladas –además de la esencial– suponga un ataque al fundamento teórico de la exigencia del uso a título de marca. Si en este epígrafe hablamos de ataque «por los flancos» es porque donde se observa con mayor claridad es en los casos de la tutela de la marca renombrada y de doble identidad (de signos y productos/servicios). Abordaremos el problema del riesgo de confusión –el «tipo» fundamental del Derecho de marcas– en otro epígrafe.

II.3.1. *La tutela de la marca renombrada*

El Derecho tradicional de marcas protegía únicamente la función esencial de la marca, de manera que la marca se tutelaba frente al riesgo de confusión, y en el marco del principio de especialidad. Poco a poco, sin embargo, se fueron abriendo vías de protección alternativas para aquellas marcas que eran especialmente conocidas o gozaban de prestigio. La introducción de esta tutela significaba que se pasaban a proteger directamente otras funciones de la marca, y no solo la esencial, ya que las marcas renombradas se tutelaban –y se tutelan– aunque no exista riesgo de confusión.

La protección de la marca renombrada en el seno Derecho de marcas, algo que hoy se asume en Europa con plena naturalidad, supone un ataque al requisito del uso a título de marca, que tiene su fundamento precisamente en el hecho de que el Derecho de marcas tiene como misión proteger únicamente la función de indicación del origen empresarial. Cabe preguntarse, por lo tanto, si en un Derecho de marcas que tutela la marca renombrada en ausencia de riesgo de confusión, tiene sentido conservar el uso a título de marca como requisito para la infracción del derecho de marca. Es verdad que nada impide que pudiera hacerse de esa manera, de forma

que la protección quedase condicionada a los casos en los que el uso se hace a título de marca.¹⁵ Pero lo cierto, en cualquier caso, es que el Tribunal de Justicia no lo ha hecho así, tal y como muestra la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Adidas/Fitnessworld*.¹⁶

El caso giraba en torno al uso por parte de *Fitnessworld* de prendas deportivas, bajo el nombre *Perfetto*, que incorporan un motivo formado por dos franjas paralelas de la misma anchura, que contrastan con el principal color de la prenda y van colocadas en las costuras laterales. El órgano nacional, que tenía que decidir si *Fitnessworld* infringía la célebre marca de tres franjas de Adidas, preguntó al Tribunal qué relevancia había que conceder al hecho de que el público perciba el signo usado por *Fitnessworld* exclusivamente como un elemento decorativo.

Al resolver este caso, el Tribunal de Justicia bien podía haber establecido que el uso a título de marca constituye un requisito de la infracción de marca, sea o no renombrada, y que por lo tanto si el público percibe las franjas como un elemento exclusivamente decorativo –y no como una indicación del origen empresarial de las prendas– no existe violación de marca. No fue este, sin embargo, el modo de proceder del Tribunal de Justicia, que se limitó a afirmar que lo relevante en los casos de tutela de la marca renombrada es si el grado de similitud es tal que el público pertinente establece un vínculo entre el signo y la marca.

La consecuencia directa de la sentencia *Adidas Fitnessworld* es que para constatar la infracción en el caso de que la marca sea renombrada no resulta necesario examinar si el uso se hace a título de marca. La existencia de un vínculo entre el signo y la marca basta.¹⁷ Y como se ha constatado en la jurisprudencia posterior del Tribunal, dicho vínculo puede existir en casos en los que el signo no se percibe como indicador del origen empresarial,¹⁸ tal y como veremos en el epígrafe dedicado a las marcas renombradas.

¹⁵ El debate se planteó por ejemplo en Alemania tras la promulgación de la Ley de Marcas del año 1994, que introducía la tutela de la marca renombrada en la Ley de Marcas (previamente se protegía por medio del Derecho contra la competencia desleal). Se discutió vivamente si con la nueva Ley el uso a título de marca era un requisito para la infracción de la marca. Uno de los argumentos que se esgrimían para defender que el requisito ya no se exigía era precisamente que la marca renombrada se tutelaba incluso en ausencia de riesgo de confusión. O dicho de otra manera: que la Ley ya no protegía exclusivamente la función de indicación del origen empresarial, sino también otras, como la publicitaria (por ejemplo, Kraft, 1991:342). Otros autores, sin embargo, seguían anclados en la tradicional exigencia del uso a título de marca, y consideraban que dicho uso se requería incluso para la protección de la marca renombrada (por ejemplo, Piper (1996: 434), que reconoce expresamente que la nueva Ley ya no tutela solamente la función de indicación del origen empresarial, sino también otras funciones, pese a lo cual considera –con apoyo en varios argumentos, principalmente de tipo literal y sistemático– que el requisito del uso a título de marca sigue siendo necesario, incluso en el caso de las marcas renombradas).

¹⁶ C-408/01 (ECLI:EU:C:2003:582).

¹⁷ Sobre la sentencia *Adidas/Fitnessworld* y el requisito del vínculo en general, véase Cernadas Lázare (2019: 169 y ss.). Vid. también Peguera Poch (2012/13: 198).

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2019, *ÖKO-Test Verlag GmbH/Dr. Rudolf Liebe Nachf. GmbH & Co. KG*, C-690/17 (ECLI:EU:C:2019:317).

II.3.2. La doble identidad

El otro ataque al requisito del uso a título de marca es el reconocimiento expreso de la tutela directa de otras funciones de la marca —además de la esencial— en los casos de doble identidad. El motivo es el mismo que en el caso de la marca renombrada: si el sustento teórico del requisito del uso a título de marca es la exclusiva protección de la función indicadora del origen empresarial por el Derecho de marcas, el reconocimiento de otras funciones (¡incluso para marcas que no son renombradas!) socava los propios cimientos teóricos del requisito¹⁹.

El reconocimiento de otras funciones de la marca además de la esencial se plasmó en el siguiente párrafo de la sentencia *L'Oréal*²⁰ del Tribunal de Justicia:

«58 El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declarar anteriormente que el derecho exclusivo previsto en el artículo 5, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/104 se concede para permitir que el titular de la marca proteja sus intereses específicos como titular de esta marca, es decir, para garantizar que dicha marca pueda cumplir las funciones que le son propias y que, por tanto, el ejercicio de este derecho debe quedar reservado a los casos en los que el uso del signo por un tercero menoscabe o pueda menoscabar las funciones de la marca (sentencias de 12 de noviembre de 2002, Arsenal Football Club, C-206/01, Rec. p. I-10273, apartado 51; de 16 de noviembre de 2004, Anheuser-Busch, C-245/02, Rec. p. I-10989, apartado 59, y de 25 de enero de 2007, Adam Opel, C-48/05, Rec. p. I-1017, apartado 21). Entre dichas funciones no sólo figura la función esencial de la marca, consistente en garantizar a los consumidores la procedencia del producto o del servicio, sino también sus demás funciones, como, en particular, la consistente en garantizar la calidad de ese bien o de ese servicio, o las de comunicación, inversión o publicidad».

La multifuncionalidad jurídica de la marca ha recibido, además, el espaldarazo implícito del legislador de la Unión, como pone de manifiesto el proceso legislativo de la reforma del Derecho europeo de marcas de 2015. En dicho proceso, la Comisión intentó volver a las raíces, y dejar claramente establecido en el texto de la Directiva que la infracción del derecho de marca en los casos de doble identidad exigía el menoscabo de la función esencial.²¹

¹⁹ Apunta Peguera Poch (2012/12:206) que «entender —como hace el TJUE— que el artículo 5.1.a) DM permite impedir los usos que, sin ser susceptibles de provocar confusión ni, de modo más general, perjudicar la función de origen, pueden menoscabar otras funciones de la marca, supone prescindir en la práctica del requisito de uso a título de marca».

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2009, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV y otros*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378. Comentada en *ADI* por Maria Miguel Carvalho (2009/10).

²¹ El art. 10 de la Propuesta establecía que la tutela frente a la doble identidad quedaba condicionada a que se «afecte o pueda afectar a la función de la marca de garantizar a los consumidores el origen de los productos o servicios».

Pero la Comisión fracasó estrepitosamente en su intento de corregir al Tribunal de Justicia, y la versión final no contiene la deseada limitación, a la que se opuso frontalmente el Parlamento Europeo.²² El resultado no puede ser otro que concluir que de la reforma del Derecho de marcas se desprende la voluntad del legislador de que la marca se proteja más allá de la función de indicación del origen, lo que convierte el varapalo jurisprudencial al requisito del uso a título de marca en un varapalo también legislativo.²³

II.4. La jurisprudencia de los últimos años: del uso a título de marca al menoscabo de las funciones de la marca

La sentencia *L'Oréal* ha significado un verdadero cambio de paradigma, y tras ella se observa cómo el Tribunal ignora de forma constante el requisito del uso a título de marca, y utiliza como brújula de su jurisprudencia el menoscabo de las funciones de la marca. No reproduciremos aquí esta jurisprudencia, porque ya lo hemos hecho en otros lugares,²⁴ pero el resultado que arroja su lectura es el siguiente: el Tribunal no exige el uso a título de marca; lo que exige es un menoscabo –al menos potencial– de las funciones de la marca. No es el uso a título de marca, por lo tanto, la piedra de toque que decide la aplicación o no del Derecho de marcas (o, si se prefiere, la piedra de toque que determina si existe o no infracción del derecho

²² En una Comunicación posterior al Parlamento Europeo, la Comisión daba su brazo a torcer con las siguientes palabras: «El Consejo ha respaldado asimismo la supresión de la propuesta de limitación de la denominada norma de «doble identidad», que regula la protección contra el uso de signos idénticos para los mismos productos o servicios a casos que afectan a la función de origen de una marca. La Comisión puede aceptar este punto.» Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 294, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la posición del Consejo en lo que respecta a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (refundición). Bruselas, 24 de noviembre de 2015 COM(2015) 588 final 2013/0089(COD).

²³ No se debe conceder valor al ap. 18 del preámbulo de la Directiva, que quedó como mero residuo o vestigio de la propuesta de la Comisión, tal y como explico en *La expansión del derecho de marca* (2021:194 y 195). Si algo se desprende del proceso legislativo es la voluntad del legislador de no restringir la tutela de la marca a los casos en los que se menoscaba la función esencial. En nada cambia esta realidad el art. 10.6 de la Directiva, ya que no tendría sentido incorporar como nuevo límite el uso de signos o indicaciones carentes de carácter distintivo si solo pudieran constituir infracción de marca los usos con fines de distinguir los productos o servicios (Bonomo/Magnani, 2022: 698). Además, la existencia de un artículo equivalente en la Directiva anterior (art. 5.5) no impidió que el Tribunal de Justicia abandonase la exigencia del uso a título de marca como requisito para la infracción. En realidad, el art. 10.6 debe entenderse como una habilitación a los Estados miembros para establecer una protección contra los usos que se efectúen con fines diversos a los de distinguir los productos o servicios, pero no implica que la Directiva excluya este tipo de usos de su campo de aplicación. Es decir, que lo que significa es «que un Estado miembro puede, si lo considera oportuno y en las condiciones que él establezca, proteger una marca contra el uso de un signo realizado con un fin distinto al de distinguir productos o servicios cuando con el uso de dicho signo realizado sin justa causa se pretenda obtener un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o del renombre de la marca o se pueda causar perjuicio a éstos.» Sentencia de 21 de noviembre de 2002, *Robelco NV/Robeco Groep NV*, C-23/01, ECLI:EU:C:2002:706, ap. 36. V. Sack (2010: 205).

²⁴ García Pérez (2019: 710 y ss.) y (2021: 183 y ss.).

de marca).²⁵ A partir de la sentencia *L'Oréal*, y tal y como afirma uno de los autores más prestigiosos del Derecho de marcas actual, «puede hablarse de un cambio del uso a título de marca al uso que perjudica las funciones de la marca»²⁶.

III. EXIGIR QUE EL USO SEA A TÍTULO DE MARCA ARROJA RESULTADOS ERRÓNEOS O INCOMPLETOS

Hasta el momento hemos examinado el origen y fundamento del requisito del uso a título de marca, y cómo el reconocimiento de la tutela multifuncional de la marca ha supuesto un ataque a los cimientos teóricos del requisito. Además, hemos indicado que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sustituido la exigencia del uso a título de marca por la del menoscabo de las funciones de la marca. A continuación, explicaremos por qué este cambio no tiene un perfil meramente teórico, sino que tiene, por el contrario, una clara repercusión práctica. Para ello, nos centraremos en los casos de doble identidad y tutela de la marca renombrada, y dejaremos los casos de riesgo de confusión para un epígrafe posterior.

III.1. Los casos de doble identidad

En los casos de doble identidad la violación de la marca puede ser consecuencia, como ya sabemos, del menoscabo de otras funciones de la marca además de la esencial (en particular, las funciones de garantía de la calidad, comunicación, inversión o publicidad).²⁷ Si se descarta la existencia de infracción por el mero hecho de que no existe un uso a título de

²⁵ La *Corte di Cassazione* (Civil) italiana ha señalado recientemente, de forma expresa, que «La giurisprudenza comunitaria mostra, per la verità, di non ritenere decisivo, ai fini della contraffazione, l'uso del marchio in funzione distintiva.» Cass. civ., sez. I, ord., 30 de diciembre de 2022, núm. 38165.

²⁶ Hacker (2021: 1070). En el mismo sentido, Peguera Poch (2012/13: 204 y 205) afirma que «el TJUE ha venido a transmutar ese requisito [el uso a título de marca] en la condición de que el uso que se impugna menoscabe o pueda menoscabar alguna de las funciones de la marca.». Suñol Lucea (2012: 6), por su parte, ha apuntado que «el TJUE ha relajado considerablemente —sino abandonado— la exigencia de uso a título de marca a la que tradicionalmente se había supeditado la eventual violación del derecho de marca. Y aún más, que ha mutado el punto de mira de su análisis a estos efectos desde esa exigencia al perjuicio que el uso del signo controvertido puede causar a las funciones de la marca jurídicamente protegidas, de entre las que ahora se cuentan no sólo la función indicadora de la procedencia empresarial de sus productos o servicios y la función de calidad del bien o servicio, sino también la función de inversión y de publicidad de la marca». Conforme con Suñol Lucea, Saiz García (2016/17: 227) afirma que «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, últimamente, ha hecho una interpretación tan laxa del requisito de uso «a título de marca» para considerar si es o no relevante a efectos de infracción que, prácticamente, sin contar las excepciones expresamente previstas por el legislador, el monopolio de su titular se extiende a cualquier tipo de usos». También Fezer (2010: 180) («Tras la sentencia *L'Oréal* del Tribunal de Justicia queda claro que el ámbito de aplicación del Derecho de marcas no se abre tan solo en aquellos casos en los que el uso de la marca por el tercero no menoscaba ninguna de las funciones de la marca»), y Ohly (2010.b: 778) («El TJUE evita el concepto del «uso a título de marca» en su jurisprudencia. Desde la sentencia *Arsenal FC* adopta como punto de partida un concepto muy amplio de uso y se pregunta después si dicho uso puede menoscabar las funciones tuteladas de la marca»).

²⁷ Sentencia de 18 de junio de 2009, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV y otros*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378.

marca, se estará dando vía libre a usos que podrían menoscabar esas otras funciones, y que por lo tanto deberían ser declarados infractores.

Para explicarlo resumiremos el caso *Tomatina* del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, que se dictó antes de la sentencia *L'Oréal* del Tribunal de Justicia, y posteriormente expondremos por qué el enfoque realizado por el juez –correcto en aquel momento– resultaría incompleto hoy en día.

El caso *Tomatina*: En 2007 Adidas lanzó una colección de zapatillas deportivas conocidas como «ADIDAS Flavours of the world» («Sabores del mundo»), que aludían a diferentes fiestas y tradiciones de todo el mundo. La colección, de limitado número y dirigida fundamentalmente a coleccionistas, constaba de seis modelos de zapatillas, que se dedicaban a otras tantas festividades. En algunos de los modelos, Adidas utilizaba la denominación «La tomatina» en la caja, en una postal que se acompañaba con las zapatillas y en un elemento que servía para separar las zapatillas en la caja. Ante lo que consideraba una infracción de su marca «LA TOMATINA», registrada para distinguir, entre otros productos, calzado, el Ayuntamiento de Buñol demandó a Adidas España, S.A., que alegó en su defensa que las alusiones a la Tomatina se efectuaban como simple referencia a la fiesta popular que se celebra todos los años en el pueblo de Buñol, y no a título de marca.

En lo que aquí interesa, que es el análisis que se realiza en el marco de la doble identidad, el Tribunal considera que Adidas no utiliza el signo «La Tomatina» a título de marca: «la utilización del signo Tomatina... no se lleva a cabo para vincular las zapatillas a un origen empresarial concreto. No ofrece duda para este Juzgador que el público pertinente que adquiere estas zapatillas no entiende que la Tomatina (tal y como la usa ADIDAS) informa sobre la procedencia empresarial de las mismas, cuando aparecen de manera destacada en las mismas las marcas renombradas en el sector deportivo de ADIDAS, tanto denominativa como gráficas, que sí aportan dicha información.» Al no realizarse a título de marca, «que es una condición del ejercicio del *ius prohibendi* en el caso del art 34.2.a) y 34.2.b) LM» el Tribunal desestima la acción basada en la Ley de Marcas (también, por cierto, las acciones de competencia desleal).²⁸ SJM núm. 1 de Alicante, 108/2008 de 3 de septiembre (ECLI:ES:JMA:2008:122).

²⁸ La Audiencia Provincial revoca la sentencia, pues considera que el uso sí ha sido a título de marca (SAP Alicante, Secc. 8ª, 283/2009, de 2 de julio, ECLI:ES:APA:2009:4585). Se trataba de un caso realmente complejo, y los tribunales llegan a conclusiones diferentes pero ambas razonables. Existe, no obstante, un pasaje de la sentencia de la AP que no se puede compartir: «el uso del signo «Tomatina», aún cuando lo sea junto al signo propio «Adidas», afecta a la garantía de procedencia del producto, pues el titular de aquél lo ha registrado con la finalidad de que los destinatarios asocien dicho signo con productos como puedan ser el calzado, y dentro de este

El caso, como se puede observar, se resuelve según la metodología clásica: no existe uso a título de marca, que es un requisito de la infracción de marca. No existe, por lo tanto, violación de marca. Este proceder metodológico, correcto en el momento en que se dictó la sentencia, sería insuficiente hoy en día, porque realiza un análisis basado exclusivamente en la función esencial de la marca, cuando tras la sentencia *L'Oréal* la infracción puede existir si se menoscaban otras funciones. Hoy en día, por lo tanto, el examen del tribunal debería haber proseguido: descartado el menoscabo de la función esencial de la marca, resulta necesario valorar si se vulneran otras funciones jurídicamente tuteladas, como, en particular, la consistente en garantizar la calidad del producto o servicio, o las de comunicación, inversión o publicidad.

Para observar la correcta forma de actuación en el presente acudiremos a otra sentencia del mismo ponente (R. Fuentes Devesa), que ya es posterior a la sentencia *L'Oréal*, por lo que tiene en cuenta el expreso reconocimiento del Tribunal de Justicia de la tutela de otras funciones de la marca (además de la esencial) en los casos de doble identidad.

El caso *Red Bull/Tecnitoys (Scalextric)*: la sociedad austríaca Red Bull GmbH demandó a Tecnitoys Juguetes, S.A., que comercializaba varios modelos de vehículos de juguete con mando bajo la marca Scalextric. En dichos vehículos, la demandada reproducía sin autorización las marcas Red Bull, que están registradas no solo para bebidas, sino también, entre otros productos, para «juguetes» y «vehículos con mando por radio» (se trata de un caso de doble identidad, por lo tanto). Para los no aficionados, las marcas Red Bull constaban en los coches de juguete porque Red Bull patrocina eventos deportivos, en especial relacionados con el automovilismo (Red Bull cuenta con equipos de Fórmula 1).

La sentencia hace un repaso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia más relevante (en especial el caso *Opel Autec*) y reconoce que «[s]ubyace en la litis la controversia doctrinal y jurisprudencial relativa a si la utilización a título de marca es presupuesto necesario para afirmar la infracción marcaria o si hay que casos en los que se puede prescindir de ese requisito y qué condiciones permiten tachar como ilícito el uso en ese caso». Lo interesante de la sentencia es que, de manera fiel con la forma de proceder del Tribunal en los últimos años, no se centra en si el uso es o no a título de marca, sino que analiza si se menoscaban o no las funciones de la marca. Lo hace, además, y de acuerdo con la sentencia *L'Oréal*, tomando en consideración no solo la función esencial, sino también otras funciones de la marca (en este

género, las zapatillas de deporte.» En realidad, la finalidad con la que el titular haya registrado el signo es indiferente. Lo relevante es cómo percibe el público pertinente el uso del signo. No hay, pues, conexión lógica entre la premisa de la que parte la Audiencia y la conclusión que alcanza.

caso la publicitaria)²⁹ la SJM núm. 1 de Alicante, 74/2011, de 25 de febrero, (ECLI:ES:JMA:2011:193)³⁰.

El mismo análisis que el Juzgado de Alicante lo realiza el Tribunal Supremo alemán³¹ en otro caso sobre coches en miniatura, si bien el *BGH* analiza no solo la función publicitaria, sino que también pondera de manera sucinta –y descarta– el menoscabo de las demás funciones de la marca que el Tribunal de Justicia reconoció en *L'Oréal*.

Lo que muestran las sentencias anteriores es que en los casos de doble identidad no es posible descartar la infracción del derecho de marca por el único motivo de que no exista un uso a título de marca, ya que resulta necesario estudiar el impacto del uso del signo, aunque no sea a título de marca, sobre las otras funciones jurídicamente tuteladas de la marca.³²

III.2. La protección de la marca renombrada

En los casos de tutela de la marca renombrada, al igual que en los de doble identidad, no resulta conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia descartar la infracción de marca por el motivo de que el uso del signo controvertido no se haya hecho como indicador de la procedencia empresarial. Así se desprende de la sentencia *Adidas/Fitnessworld*,³³ en la que, como ya se ha dicho, el Tribunal exige únicamente la existencia de un vínculo entre el signo y la marca renombrada.

Ejemplo: El demandante, que fabrica chocolates, es titular de la marca denominativa Milka y de la siguiente marca de color:

²⁹ Entiendo que se analiza únicamente la función publicitaria porque era la alegada por la demandante, según parece desprenderse del ap. 27. La sentencia también descarta que exista infracción de la marca renombrada o actos de competencia desleal. El magistrado, además, dedica unos apartados de la sentencia a explicar que «Analizado desde la óptica del límite al derecho de exclusiva consagradas en el art 12 RMC (y art 37 LM correlativo), la respuesta absolutoria se confirma». Son consideraciones a mayor abundamiento, o como dicen en ocasiones los tribunales, para «agotar la respuesta jurídica», pero no eran realmente necesarias porque no existía infracción alguna que «sanar» mediante la aplicación de los límites.

³⁰ Comentada en *ADI* por Torres Pérez (2011/12).

³¹ Sentencia del BGH de 14 de enero de 2010, I ZR 88/08, «Opel-Blitz II», *GRUR* 2010, pp. 726 y ss.

³² Conviene aclarar que en los casos de doble identidad no es suficiente constatar que existe un uso a título de marca para considerar que existe infracción de marca, como demuestra, por ejemplo, la sentencia *L'Oréal/Bellure* (ECLI:EU:C:2009:378). En este caso, se usaban determinadas marcas titularidad de L'Oréal en el marco de de unas listas comparativas de perfumes. El uso es a título de marca, pues se lleva a cabo «con el fin de distinguir los productos o servicios de que se trata como originarios de una empresa determinada» (sentencia *BMW*, ECLI:EU:C:1999:82, ap. 38). Además, no se trata de un uso con fines meramente descriptivos, sino que tiene un objetivo publicitario (ap. 62 de *L'Oréal*). Pese a ello, el Tribunal exige que se menoscabe alguna de las funciones de la marca como requisito para la existencia de infracción. Es decir, que no puede prohibirse todo uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos realizado a título de marca, sino que es necesario constatar el menoscabo de alguna de las funciones de la marca.

³³ Sentencia de 23 de octubre de 2003, *Adidas-Salomon AG, antiguamente Adidas AG, Adidas Benelux BV/Fitnessworld Trading Ltd*, C-408/01 (ECLI:EU:C:2003:582).



La demandada comercializa postales, entre ellas la siguiente, con fondo violeta y con una leyenda en forma de rima cuya traducción literal es «Todas las cumbres están tranquilas, en algún lugar muge una vaca. Muuuu! Reiner Maria Milka»:



Antes de la sentencia *Adidas/Fitnessworld*, lo más probable es que el Tribunal hubiese afirmado que en este caso no existe un uso a título de marca, porque el empleo del color violeta y de la marca Milka en la postal no se hacen como indicador del origen empresarial (el caso se hubiese analizado desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal). Sin embargo, el BGH afirma, con cita de *Adidas/Fitnessworld*, que la circunstancia de que el público pertinente perciba un signo como un elemento decorativo no constituye, en sí, un obstáculo a la protección bajo el Derecho de marcas, cuando el grado de similitud es tal que el público pertinente establece un vínculo entre el signo y la marca (de hecho, lo gracioso de la postal, afirma el Tribunal, consiste precisamente en ese vínculo que se hace con el titular de la marca). En este caso, el Tribunal sostiene que el público sí establece el vínculo, por lo que procede a estudiar si concurren los otros elementos del tipo (la demanda se desestima, porque el BGH considera que el uso se realiza con justa causa, dado que está amparado por la libertad artística constitucionalmente protegida, por lo que no existe infracción de las marcas renombradas del demandante). Sentencia del BGH de 3 de febrero de 2005, I ZR 159/02, «Lila-Postkarte», *GRUR* 2005, pp. 583 y ss.

Otra sentencia que muestra los resultados erróneos de exigir el uso a título de marca es la sentencia *ÖKO-Test* del Tribunal de Justicia.³⁴ El caso es muy interesante porque el Tribunal ignora la constatación del órgano remitente de que el público pertinente percibe el signo como «un distintivo de calidad y no como el uso de tal dispositivo de calidad como marca».

El caso *ÖKO-Test*: *ÖKO-Test Verlag* es una empresa que evalúa productos –sin solicitar el consentimiento de los fabricantes– e informa a los consumidores de los resultados de tales evaluaciones. Publica los resultados en una revista que se vende en Alemania. *ÖKO-Test Verlag* es titular de una marca de la Unión y una marca nacional que representan un distintivo destinado a presentar el resultado de las pruebas a las que se han sometido los productos:



En el caso que nos ocupa, el demandado (Dr. Liebe) había utilizado el distintivo de *ÖKO-Test* con la calificación de sobresaliente en los dentífricos que comercializaba, sin haber obtenido una previa licencia del titular de las marcas. El órgano nacional preguntó al Tribunal de Justicia si el titular de una marca individual de renombre podía prohibir la colocación del signo en los dentífricos. Lo peculiar del caso es que, tal y como indicó el órgano remitente, «el público pertinente alemán percibe la colocación del signo por Dr. Liebe como la exhibición de un distintivo de calidad y no como el uso de tal dispositivo de calidad como marca».³⁵ Es decir, que el uso en ningún caso era a título de marca. Pues bien, a pesar de las observaciones del órgano nacional, el Tribunal de Justicia no hace referencia alguna a este punto, ni siquiera para decir, como en otras ocasiones, que en el caso de marcas que gozan de renombre, es suficiente con que el público pertinente establezca un vínculo entre el signo y la marca.³⁶ El

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2019, *ÖKO-Test Verlag GmbH/Dr. Rudolf Liebe Nachf. GmbH & Co. KG*, C-690/17 (ECLI:EU:C:2019:317).

³⁵ Ap. 46.

³⁶ Resulta interesante reproducir las palabras del órgano de remisión en la sentencia del caso (dictada después de la respuesta del Tribunal de Justicia): «Que el demandado no haya utilizado la etiqueta del test como marca, sino como *Testsiegel* [«distintivo de calidad», según la traducción de la sentencia del TJUE], no impide que el uso sea infractor. Una marca renombrada también puede infringirse mediante un uso que no sea a título de marca.» Sentencia del *OLG Düsseldorf* de 19 de noviembre de 2020, 20 U 152/16, <https://openjur.de/u/2331977.html>, ap. 124.

Tribunal se limita a constatar que las marcas de ÖKO-Test son renombradas y, a continuación, insta al órgano nacional a comprobar si la colocación, por parte de Dr. Liebe, del signo idéntico o similar a las marcas ÖKO-TEST en sus productos ha permitido a aquella empresa aprovecharse indebidamente del carácter distintivo o del renombre de dichas marcas o ha causado perjuicio a ese carácter distintivo o a ese renombre, y, de suceder así, si Dr. Liebe ha acreditado una «justa causa».

En definitiva, en el caso de las marcas renombradas no es necesario entrar a ponderar si el uso se realiza a título de marca o no. En realidad, la cuestión en estos supuestos es relativamente sencilla –desde el punto de vista metodológico–, porque basta con analizar si se satisfacen los elementos del tipo. Es decir, que hay que determinar, básicamente, si existe vínculo, alguno de los perjuicios o aprovechamientos que describe el tipo, y si el uso del signo se realiza sin justa causa.

IV. ¿QUÉ SUCEDE CON EL RIESGO DE CONFUSIÓN?

IV.1. Introducción

En los casos en los que no existe doble identidad, sino que los signos y/o los productos/servicios son meramente similares, el Tribunal exige que la función perjudicada sea la esencial. No cabe, por lo tanto, fundamentar la infracción de la marca en el menoscabo de otras funciones. Este aspecto particular de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha llevado a respetados autores³⁷ a afirmar que en los casos de riesgo de confusión el uso debe ser siempre a título de marca, porque otro tipo de uso no podría menoscabar la función esencial de la marca (este era el argumento, al fin al cabo, sobre el que se erigió históricamente la exigencia del requisito del uso a título de marca).³⁸ A esto apunta también nuestro Tribunal Supremo cuando indica que «en atención a la exigencia de que el uso del signo para identificar productos y servicios idénticos o semejantes a aquellos para los que se encuentra registrada la marca genere riesgo de confusión, es preciso que dicho uso sea percibido por los consumidores como indicador de la procedencia empresarial del producto».³⁹ E incluso el propio Tribunal de Justicia, cuando declara que «si... el público pertinente no percibe que el signo idéntico al

³⁷ Sack (2010: 210). Véanse las interesantes consideraciones que hace García Vidal sobre el fundamento de la necesidad del uso a título de marca en los casos en los que es preciso el riesgo de confusión en su excelente *El uso descriptivo de la marca ajena* (2000: 68 y 69).

³⁸ Como dice el OLG de Núremberg en sentencia de 25 de octubre de 2022, 3 U 2576/22, «Torjägerkanone», *GRUR* 2023, pp. 75 y ss., ap. 17, «Para poder asumir un posible menoscabo de la función de indicación del origen empresarial resulta determinante que el público pertinente entienda el signo como indicador de que el producto o servicio proviene de una empresa determinada».

³⁹ STS 759/2015, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5693), ap. 14 de los FFDD.

logo Opel que figura sobre los modelos a escala reducida comercializados por Autec indique que estos productos proceden de Adam Opel o de una empresa relacionada económicamente con esta, entonces deberá constatar⁴⁰ que el uso controvertido en el asunto principal no vulnera la función esencial del logo Opel como marca registrada para juguetes».⁴¹

El argumento parece razonable, y de ser cierto, nos permitiría seguir recurriendo a la categoría tradicional del uso a título de marca en los supuestos más habituales de infracción del derecho de marca.⁴² No obstante, a continuación, formularemos dos cautelas que es necesario tener en cuenta si se quiere que el resultado sea respetuoso con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

IV.2. Primera cautela

La primera cautela se refiere a la forma en que ha de entenderse el uso a título de marca. La cautela consiste en que, de exigirse el uso a título de marca en los casos de riesgo de confusión, debería bastar la existencia de un uso a título de marca en sentido amplio, ya que el sentido restringido (el clásico) dejaría fuera del análisis algunos supuestos que sí pueden constituir usos infractores.⁴³ Es decir, que no puede exigirse que el signo se use para indicar que los productos y servicios provienen de la persona que lo usa, sino que es suficiente con que el signo se use con la finalidad de distinguir productos o servicios de una empresa de los de otras, es decir, como indicador de la proveniencia empresarial.

Ejemplo: Sería contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia afirmar que el uso de un signo similar a una marca en el marco de una publicidad comparativa no infringe la marca porque no existe un uso a título de marca (concepción restringida), ya que el propio Tribunal de Justicia ha establecido que el uso de un signo similar a la marca de un tercero en publicidad comparativa puede constituir una infracción de marca cuando se satisfacen determinados requisitos. Sentencia de 12 de junio de 2008, *O2 Holdings Limited, O2 (UK) Limited/Hutchison 3G UK Limited*, C-533/06, ECLI:EU:C:2008:339.

⁴⁰ «Deberá constatar» quiere decir que «deberá concluir», no que «deberá entrar a analizar» («it would have to conclude that the use at issue in the main proceedings does not affect the essential function of the Opel logo»; «dann müsste es zu dem Ergebnis gelangen, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Benutzung die Hauptfunktion des Opel-Logos als für Spielzeug eingetragene Marke nicht beeinträchtigt»; «então deveria declarar que o uso em causa no processo principal não prejudica a função essencial do logótipo Opel como marca registrada para brinquedos»).

⁴¹ Sentencia de 25 de enero de 2007, *Adam Opel AG/Autec AG y Deutscher Verband der Spielwaren-Industrie eV*, C-48/05, ECLI:EU:C:2007:55, ap. 24.

⁴² Sack (2010: 210) y doctrina allí citada.

⁴³ Sack (2010: 199).

IV.3. Segunda cautela

La segunda cautela se refiere a la forma de determinar la existencia de riesgo de confusión. Consiste en que el Tribunal de Justicia no lleva a cabo un análisis abstracto del riesgo de confusión, lo que quiere decir que no se limita a comparar los signos y los productos/servicios.⁴⁴ Por el contrario, el Tribunal de Justicia lleva a cabo un análisis contextualizado, lo que quiere decir que tiene en cuenta otros aspectos, como por ejemplo la configuración del anuncio en el que se inserta la marca.

Ejemplo: Imaginemos que en una publicidad comparativa se utiliza un signo no idéntico pero sí muy similar a la marca de un tercero para hacer referencia a los productos o servicios de ese tercero. Según lo dicho al tratar sobre la primera cautela, se trataría de un uso a título de marca. Si seguidamente realizásemos un análisis abstracto de la existencia de riesgo de confusión, el resultado sería muy probablemente positivo: existiría riesgo de confusión dada la alta similitud de los signos y la identidad de los productos o servicios. En consecuencia, existiría infracción de marca. Pues bien, la solución sería incorrecta, ya que muy probablemente no existiría riesgo de confusión, debido a que la configuración del anuncio permite al consumidor detectar que se encuentra ante una publicidad comparativa, y que no existen relaciones comerciales entre las empresas. Sentencia de 12 de junio de 2008, *O2 Holdings Limited, O2 (UK) Limited/Hutchison 3G UK Limited*, C-533/06, ECLI:EU:C:2008:339⁴⁵.

IV.4. Conclusión

Si se siguen las cautelas mencionadas, parece que el resultado final será equivalente, y por tanto respetuoso con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al menos en lo que al

⁴⁴ Analizo esta importante característica de la jurisprudencia del Tribunal en García Pérez (2011: epígrafe 4.3) con ulteriores referencias, en especial al trabajo de Ohly (2010.b). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia se aparta, por lo tanto, de la visión tradicional según la cual «la confusión en Derecho de marcas sirve a la delimitación del derecho subjetivo sobre la marca y ha de resultar principalmente del análisis comparativo entre los signos enfrentados y entre el género de los productos o servicios a los que se aplican o pretenden aplicar (...) [En el Derecho contra la competencia desleal] la afirmación de la confusión no es fruto de un ejercicio abstracto, sino de un ejercicio apegado a las circunstancias de hecho que concurren en los signos confrontados y en su respectivo uso así como a las impresiones que en efecto provocan en los destinatarios». Massaguer (1999: 172). V. también Monteagudo (1993: 96 y ss.). En Derecho alemán, v. *Sack* (2013.a: 4); *Sack* (2013.b: 14), Hacker (2021:37), Bornkamm/Feddersen (2019: § 5, ap. 9.6), y Hafenmayer (2014: 53), con ulteriores citas.

⁴⁵ «63 En cambio, debe señalarse que, según comprobó el propio órgano jurisdiccional remitente, el uso por H3G de imágenes de burbujas similares a las marcas con burbujas en el anuncio controvertido no dio lugar a riesgo de confusión por parte de los consumidores. En efecto, en su conjunto, el anuncio controvertido no era engañoso y, en particular, no sugería que hubiera ninguna relación comercial entre O2 y O2 (UK), por una parte y H3G, por otra». Sentencia de 12 de junio de 2008, *O2 Holdings Limited, O2 (UK) Limited/Hutchison 3G UK Limited* (C-533/06, ECLI:EU:C:2008:339).

desenlace del litigio se refiere. Ahora bien, si el Tribunal de Justicia no cambia su jurisprudencia, y sigue llevando a cabo un análisis contextualizado del riesgo de confusión, no parece tener demasiado sentido desdoblarse el análisis del uso a título de marca y del riesgo de confusión «contextualizado». Podría quizá tener sentido en Alemania, donde el requisito del uso a título de marca tiene un arraigo y un desarrollo jurisprudencial y doctrinal inmenso. No en España, en mi opinión, donde el requisito tiene una presencia significativa pero mucho menor, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. En el epígrafe siguiente veremos una forma alternativa de examinar los supuestos de riesgo de confusión. Se trata de comenzar a hablar el lenguaje de las funciones de la marca, tal y como hace el Tribunal de Justicia.

V. HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA: EL LENGUAJE DE LAS FUNCIONES DE LA MARCA

V.1. El análisis funcional

Como ya hemos señalado, la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia no exige un uso a título de marca como requisito de la infracción. Lo que el Tribunal requiere es que el uso menoscabe o pueda menoscabar las funciones de la marca. En la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia, un signo se usa «como marca» cuando menoscaba o puede menoscabar las funciones de la marca, y no cuando el signo se utiliza para indicar el origen empresarial de los productos o servicios⁴⁶.

El enfoque más respetuoso con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en consecuencia, es aquel que prescinde del análisis de si el uso se produce a título de marca y sustituye este requisito por el menoscabo –al menos potencial– de las funciones de la marca. Esto no quiere decir que el estudio del menoscabo de las funciones ocupe siempre un lugar central en el análisis de la infracción de marca. Sí lo hace en los casos de doble identidad. En los de riesgo de confusión y marca renombrada, por el contrario, el menoscabo de las funciones es inherente al tipo, es decir, que se integra en alguno de los elementos del tipo. En los de riesgo de confusión en la existencia de dicho riesgo –el gran cambio es que la

⁴⁶ Es especialmente claro el auto *UDV North America*, en el que el Tribunal, al mencionar los requisitos de la infracción del derecho de marca, señala que «el tercero debe utilizar dicho signo *como marca*, es decir, que el uso de tal signo por el tercero debe menoscabar o poder menoscabar las funciones de la marca y, en particular, su función esencial que consiste en garantizar a los consumidores la procedencia del producto o del servicio». Auto de 19 de febrero de 2009, *UDV North America Inc./Brandtraders NV*, C-62/08 (ECLI:EU:C:2009:111). Contrátese con la sentencia *BMW* (ECLI:EU:C:1999:82), diez años anterior, en la que se decía que «es preciso declarar que es exacto que el ámbito de aplicación, por un lado, de los apartados 1 y 2 del artículo 5 de la Directiva y, por otro, del apartado 5 del artículo 5, depende de si el uso de la marca se hace con el fin de distinguir los productos o servicios de que se trata como originarios de una empresa determinada, es decir, *como marca*, o con fines distintos.» (Énfasis introducidos por el autor).

apreciación se hace de manera contextualizada—. En los de tutela de la marca renombrada en el aprovechamiento o perjuicio del carácter distintivo o del renombre de la marca.

El nombre de «análisis funcional» no es en realidad necesario. Si lo empleamos es para recalcar dos aspectos que emanan de la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En primer lugar, «análisis funcional» subraya el hecho de que el menoscabo de las funciones constituye un mínimo común denominador de los casos de doble identidad, riesgo de confusión y tutela de la marca renombrada. En segundo lugar, «análisis funcional» pone de manifiesto un cambio importante del nuevo paradigma: el requisito del menoscabo de las funciones de la marca sustituye al uso a título de marca, cuya existencia ya no es necesario verificar para constatar la existencia de una infracción.

A continuación profundizaremos en el análisis funcional. Primero aludiremos de manera general a los casos de riesgo de confusión, doble identidad y tutela de la marca renombrada, y posteriormente descenderemos a lo concreto para examinar algunos casos problemáticos.

Conviene, antes de comenzar, realizar una advertencia: en las siguientes páginas no se hace referencia a determinados requisitos de la infracción de marca que tienen que concurrir tanto en los supuestos de riesgo de confusión como de doble identidad y de tutela de marca renombrada. Nos referimos al uso en el tráfico económico, en relación con productos y servicios y sin consentimiento del titular de la marca. Me remito a otro lugar para su estudio.⁴⁷

V.2. Análisis funcional en los casos de riesgo de confusión

En los casos en los que los signos y/o los productos o servicios son similares, es decir, en los casos en los que no hay doble identidad, la jurisprudencia del Tribunal exige que la función menoscabada sea la esencial. En estos supuestos, surge la duda razonable de si la apreciación del riesgo de confusión y la del menoscabo de las funciones de la marca son dos elementos independientes del análisis. Parece lógico, en efecto, que haya que estudiar en primer lugar si existe riesgo de confusión, y, en el caso de que exista, valorar si se satisface el requisito del menoscabo de la función esencial. De hecho, no hay duda de que esta sería la forma sensata de proceder si el riesgo de confusión se apreciara de manera abstracta, pues en otro caso, al no exigirse ya el requisito del uso a título de marca, el *ius prohibendi* se desbordaría.

⁴⁷ García Pérez (2019: 667 y ss.).

Sin embargo, sabemos que el Tribunal de Justicia analiza el riesgo de confusión de forma contextualizada, y es precisamente este novedoso planteamiento el que le permite operar en un solo paso, y no en dos. El Tribunal de Justicia, en sus sentencias, se limita a apreciar la existencia de riesgo de confusión –de manera contextualizada–. Si existe riesgo de confusión, existirá también –como consecuencia– un menoscabo de la función esencial de la marca.⁴⁸

Es el análisis contextual, por lo tanto, el que permite al Tribunal operar en un solo acto: el riesgo de confusión –apreciado de manera contextualizada– está indisolublemente vinculado al menoscabo de la función esencial de la marca. Al operar de esta manera, el Tribunal de Justicia integra –a efectos prácticos– el menoscabo de la función esencial en el tipo del riesgo de confusión. No es necesario realizar, por lo tanto, un doble análisis, sino que basta valorar si existe riesgo de confusión de manera contextualizada.

Ejemplo 1: La actora es titular de la siguiente marca, registrada para pavimentos no metálicos:



La actora demandó por infracción de marca a una empresa que en su página web utiliza la expresión «césped armado». La demandada utilizaba la expresión para referirse a un tipo de pavimento reticular o en celosía de hormigón a partir de bandejas de moldes prefabricados, que permite que la hierba crezca en los espacios regulares que los moldes libran del hormigón. A continuación se reproduce una fotografía, que no procede de la sentencia, sino de la web de la demandada:

⁴⁸ Véase el apartado 57 de la sentencia de 12 de junio de 2008, *O2 Holdings Limited, O2 (UK) Limited/Hutchison 3G UK Limited*, C-533/06, ECLI:EU:C:2008:339, y el ap. 25 de la sentencia de 15 de diciembre de 2011, *Frisdranken Industrie Winters BV/Red Bull GmbH*, C-119/10, ECLI:EU:C:2011:837.



El Molde ecológico MODI permite la construcción de un superficie continua hormigón-césped con una gran capacidad de carga y drenante, proporcionando así un sistema de pavimentación sostenible y de impacto ambiental cero.



La Audiencia rechaza la existencia de riesgo de confusión, pues considera que «la utilización que la demandada hace de la expresión césped armado no induce al consumidor a creer que exista alguna conexión entre los servicios que publicita y los productos de la titular registral». Para llegar a esta conclusión lleva a cabo un análisis contextualizado, como muestran las siguientes palabras del Tribunal: «el texto que sigue al empleo del signo ("el molde ecológico MODI permite la construcción de un (sic) superficie continua hormigón-hierba con una gran capacidad de carga y drenaje...") clarifica el mensaje y neutraliza cualquier sugerencia de conexión o asociación que acaso podría derivarse de la consideración aislada de las palabras césped armado (en este sentido, la STJUE 12 de junio de 2008, asunto C- 533/06, que excluye el riesgo de confusión cuando "en su conjunto, el anuncio controvertido no era engañoso y, en particular, no sugería que hubiera ninguna relación comercial" entre la titular de la marca y la demandada)». ⁴⁹ SAP A Coruña, Secc. 4ª, 352/2023, de 30 de enero de 2023 (ECLI:ES:APC:2023:319).

⁴⁹ Posteriormente, la sentencia también afirma que el uso no se hace a título de marca, sino que el signo se emplea para describir un tipo de pavimento («césped armado en losa continua» o «césped armado continuo con molde plástico»). La empresa, en realidad, se presenta como especialista en ejecutar esta clase de obras con base en elementos suministrados por terceros fabricantes, lo que lleva al tribunal a establecer un paralelismo con la sentencia *Hölterhoff* del Tribunal de Justicia. De la ausencia de uso a título de marca la Audiencia no deriva, sin embargo, que el uso sea neutral y por lo tanto permitido, sino que la ausencia de uso a título de marca constituye un elemento más que le lleva a afirmar que no existe riesgo de confusión: «En consideración a lo expuesto, coincidimos con la sentencia de primera instancia en cuanto rechaza la posibilidad de que el uso de la expresión césped armado en la web de la demandada conlleve un riesgo de confusión con la marca registrada y que dicho uso pueda ser, por ello, prohibido por el titular.»

Ejemplo 2: En un caso de publicidad por medio de palabras clave en internet, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, que había considerado que, a la luz del texto del anuncio, no se vulneraba la función esencial de la marca. Lo más interesante de la sentencia es que uno de los motivos del recurso de casación se basaba en que la sentencia de la Audiencia «contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo al obviar que la marca es una propiedad». El recurrente alegaba, a este respecto, que «la sentencia objeto de recurso restringe o limita indebidamente el *ius prohibendi* de las marcas de la recurrente, al basar exclusivamente su decisión en el texto del anuncio publicitado en Google adwords y entender atípico (en el sentido de no infractor) el uso de las marcas». El Tribunal rechaza el motivo con las siguientes palabras: «la sentencia no habla tanto de atipicidad del uso de la marca, como de la intrascendencia infractora de tal uso que realiza la demandada. Por tanto, la resolución recurrida no despoja al titular de la marca de sus facultades como tal, sino que considera que el uso en cuestión no infringe ninguna de las funciones de la marca, en los términos establecidos por la jurisprudencia comunitaria; es decir: indicación del origen, publicitaria y de inversión. Como resultado de lo cual, no cabe considerar que haya existido vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre las facultades del titular de la marca.» STS 105/2016, de 26 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:620), FD 3º.

Ejemplo 3: Specsavers es una cadena de ópticas del Reino Unido. Es titular de las siguientes marcas, que están registradas en blanco y negro, pero que Specsavers usa en verde (su «color corporativo»):



ASDA es una cadena de supermercados, en algunos de los cuales –los más grandes– hay ópticas. ASDA hizo una campaña publicitaria en la que las palabras «ASDA Opticians» aparecen insertas en dos óvalos y en las que juega con el significado de los términos «spec» («spectacles» significa gafas en inglés) y «saver» (ahorrador):

One complete price for single vision glasses, whatever your prescription!

Colleague Benefits
Free eye test
10% Discount

Designer Glasses
any 2 for £81
(with colleague discount)

Your local Asda Opticians is:

ASDA Opticians

Be a real spec saver at Asda.

Designer	George	Kids
All £70	All £50	FREE

When accompanied with a valid ASD voucher

ASDA SAVING YOU MONEY EVERY DAY

WINNER OF BRITAIN'S LOWEST PRICED SUPERMARKET AWARD NOW 10 YEARS RUNNING: WWW.ASDA.COM

Specsavers demandó a ASDA, en lo que aquí interesa por existir riesgo de confusión. El Tribunal inglés considera que no existe tal riesgo. Para llegar a esta conclusión, no compara únicamente las marcas y el signo usado, sino que analiza la campaña publicitaria en su conjunto (el Tribunal, con cita de la sentencia *O2* del Tribunal de Justicia, afirma que hay que tener en cuenta el contexto). Lo más interesante del caso es que en fase de apelación de la sentencia se plantearon al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales de sumo interés, en cuya respuesta el Tribunal vuelve a demostrar que la apreciación del riesgo de confusión no se circunscribe a una comparación abstracta de la marca tal y como está registrada y signo. Como se recordará, las marcas de Specsavers estaban registradas en blanco y negro, pero se usaban en color verde, y como consecuencia de este uso una parte significativa del público asocia mentalmente la marca a ese color. El órgano remitente pregunta al Tribunal, básicamente, si para apreciar el riesgo de confusión hay que tener en cuenta el color verde o hay que estar a la marca tal y como está registrada. Desde un punto de vista del Derecho tradicional de marcas, el registro es sagrado: se tutela la marca tal y como está registrada, y lo que consta en el registro es lo que hay que tener en cuenta para valorar la existencia de riesgo de confusión. La respuesta del Tribunal de Justicia, sin embargo, va por otros derroteros: «cuando una marca comunitaria no está registrada en color, pero su titular la ha utilizado mayormente en un color o una combinación de colores particulares, de modo que una parte significativa del público asocia mentalmente dicha marca a ese color o combinación de colores, son pertinentes el color o colores que un tercero utiliza para la representación de un

signo que presuntamente viola dicha marca en la apreciación global del riesgo de confusión». ⁵⁰ Sentencia de la *High Court of Justice, Chancery Division*, de 30 de julio de 2010, *Specsavers International Healthcare Limited & others v Asda Stores Ltd.* ⁵¹.

Ejemplo 4: BMW demandó a Technosport London Limited –sociedad dedicada a la reparación y mantenimiento de vehículos– por utilizar su marca en diferentes contextos. En primera instancia, se condenó a la demandada por el uso de la marca mixta . En la apelación, lo único que se discute es si constituyen infracciones el uso de la marca denominativa BMW junto con la palabra Technosport en diversos contextos. Aquí nos centraremos exclusivamente en el uso en la siguiente furgoneta propiedad de la demandada:



⁵⁰ Sentencia de 18 de julio de 2013, *Specsavers*, C-252/12, ECLI:EU:C:2013:497, ap. 41. El Tribunal de Justicia señala asimismo que el hecho de que una parte significativa del público también asocie mentalmente al tercero (ASDA) con el color verde es un factor pertinente en relación con la apreciación global del riesgo de confusión. El Tribunal de Justicia reitera, con cita de la sentencia *O2*, que «de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que esta apreciación debe tener en cuenta el contexto particular en el que se hubiera utilizado el signo pretendidamente similar a la marca registrada» (ap. 45) y considera que «el hecho de que, a su vez, se asocie a Asda con el color verde, que es el color que utiliza para los signos que supuestamente violan las marcas del grupo Specsavers, podría en particular tener como consecuencia una disminución del riesgo de confusión o de asociación entre dichos signos y las marcas del grupo Specsavers, en la medida en que el público pertinente podría percibir que el color verde de los signos es el de Asda, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente» (ap. 48).

⁵¹ [2010] EWHC 2035 (Ch), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/2035.html>

En primera instancia se había descartado la existencia de riesgo de confusión. El Tribunal de apelación, sin embargo, sostiene lo contrario, y reprocha al juez de instancia no haber tenido adecuadamente en cuenta el contexto.⁵² Lo curioso del caso es que aquí el contexto no sirve para disipar el riesgo de confusión, sino para fundarlo. En los argumentos presentados en apelación, la demandada había alegado que la comparación se tenía que hacer entre la marca y el signo TECHNOSPORT-BMW, sin tener en cuenta la marca mixta de BMW. El Tribunal rechaza el argumento, ya que considera que el examen debe ser contextual.⁵³ A continuación, realiza un examen del uso del signo en la parte trasera de la furgoneta y corrobora la existencia de riesgo de confusión, ya que existe el riesgo de que el consumidor medio asuma que existe un vínculo comercial entre Technosport y BMW. Sentencia de la *Court of Appeal (Civil Division)* de 21 de junio de 2017, *Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft v Technosport London Ltd & Anor*⁵⁴.

El hecho de que se deba tener en cuenta el contexto para apreciar la existencia de riesgo de confusión puede generar ciertas reticencias en algunos tribunales, porque consideren que esta forma de valorar el riesgo de confusión conlleva un excesivo debilitamiento del derecho de exclusiva. Buena muestra de ello son las siguientes palabras de un tribunal inglés:

«I have also considered, in accordance with the guidance in Specsavers, and generally whether there is anything about the context of presentation of the marks which negates that result. In my view there is not. It is also necessary for the court to be cautious in adopting an overly expansive approach to taking account of context in a trade mark claim. One purpose of registered trade mark protection (in which it is distinguished from passing off) is to provide an element of exclusivity in the use of a registered mark, regardless of the wider context in which it is used, so long as the conditions for protection are fulfilled»⁵⁵.

⁵² «...it seems to me that the judge lost sight of the need to consider each of the uses in the context in which they occurred. Had he done so, I think that he would inevitably have had to come to the conclusion in relation to each of the uses that the use of the Technosport BMW signs was more than informative use and carried the risk that it would be understood as misleading use.» Ap. 25.

⁵³ No obstante considera que, incluso sin tener en cuenta la marca mixta, existe riesgo de confusión.

⁵⁴ [2017] EWCA Civ 779, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/779.html>.

⁵⁵ Sentencia de la *High Court of Justice, Chancery Division*, de 25 de marzo de 2020, *Planetart LLC v Photobox Ltd & Anor (Rev 2)*, [2020] EWHC 713 (Ch), ap. 164. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, especialmente el caso *O2*, provocó que los tribunales ingleses abandonasen la jurisprudencia tradicional, en la que el examen era abstracto (la visión tradicional se refleja en la sentencia de la *Court of Appeal in Northern Ireland* de 2 de febrero de 2001, *BP Amoco PLC v. John Kelly Ltd & Anor*, [2001] NICA 3, <https://www.bailii.org/nie/cases/NICA/2001/3.html>, ap. 60, y en la sentencia de la *High Court of Justice, Chancery Division*, de 17 de marzo de 2006, *Samann Ltd v Tetrosyl*, [2006] EWHC 549, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/529.html>, ap. 52.

En la actualidad, los tribunales ingleses llevan a cabo un examen contextualizado. De hecho, un párrafo muy citado por los tribunales es el siguiente:

«In my judgment the general position is now clear. In assessing the likelihood of confusion arising from the use of a sign the court must consider the matter from the perspective of the average consumer of the goods or services

Existen dos aspectos, no obstante, que actúan de contrapeso ante este temor de que el derecho de exclusiva quede difuminado:

a) El Tribunal de Justicia ha reconocido la figura de la confusión postventa, por lo que basta con que se menoscabe la función esencial en un momento posterior a la venta para que exista infracción. La admisión de este tipo de confusión supone un instrumento poderoso en manos de los titulares de marcas, y compensa en cierta medida el hecho de que el análisis de la existencia de confusión se lleve a cabo de forma contextualizada. Permite, por ejemplo, afirmar la existencia de infracción a pesar de que exista un letrero en el lugar de la venta que afirme que el producto no es oficial.

Ejemplo: En el caso *Arsenal*,⁵⁶ del que se hablará con mayor detenimiento en el epígrafe dedicado al *merchandising*, el Tribunal introduce la figura de la *post-sale confusion*, que tiene un importante arraigo en Derecho norteamericano.⁵⁷ En este caso, el señor Reed vendía bufandas con signos que hacían referencia al Arsenal FC en un puesto en los alrededores del estadio, en el que figuraba un gran cartel en el que se revelaba que los productos no eran oficiales. El Tribunal podría haber ignorado el cartel, y afirmar que en Derecho de marcas el riesgo de confusión se aprecia de manera abstracta, pero no lo hizo así. Lo que hizo es introducir la figura de la confusión postventa en el apartado 57 de la sentencia ("...en el caso de autos no se puede descartar que ciertos consumidores interpreten que el signo designa a Arsenal FC como empresa de procedencia de los productos, sobre todo si dichos productos les son presentados después de haber sido vendidos por el Sr. Reed, cuando ya no se encuentran en el puesto en el que figura la advertencia...").

b) Ha de tenerse siempre en mente la figura del consumidor medio, lo que otorga cierto margen de apreciación a los tribunales. Y es que el hecho de que haya que tener en cuenta el

in question and must take into account all the circumstances of that use that are likely to operate in that average consumer's mind in considering the sign and the impression it is likely to make on him. The sign is not to be considered stripped of its context.» Sentencia de la Court of Appeal (Civil Division) de 31 de enero de 2012, *Specsavers International Healthcare Ltd & Ors v Asda Stores Ltd*, [2012] EWCA Civ 24, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/24.html>, ap. 87.

La nueva doctrina ha provocado una interesante discusión sobre qué es exactamente el «contexto», es decir, hasta dónde hay que tener en cuenta. Existen casos, por ejemplo, en los que se toman en consideración las etiquetas, los otros productos que se encuentran junto con los presuntamente infractores, e incluso el tique y la política de devoluciones que consta en su parte de atrás ([2014] EWHC 2631 (Ch), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2014/2631.html>, ap. 177).

La doctrina inglesa coincide en que el análisis en los supuestos de infracción es contextual. V. Caddick et al. (2021: 92 y 93), y Fhima y Gangjee (2019: 188 y ss). La apreciación contextual es también utilizada en el Derecho norteamericano, y por lo que deduzco del caso «100 palabras» resumido por Manuel Bernet Páez (2022: 113 y 114), en el chileno.

⁵⁶ Sentencia de 12 de noviembre de 2002, *Arsenal Football Club plc/Matthew Reed*, C-206/01, ECLI:EU:C:2002:651.

⁵⁷ Vid. García Pérez (2021: 130 y ss.).

contexto no puede llevar al Tribunal a examinar minuciosamente un anuncio o una etiqueta para determinar si se disipa el riesgo de confusión. Habrá que estar a la percepción del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que desde luego no es un consumidor que lea detenidamente las etiquetas antes de comprar un producto (sobre todo si es de consumo habitual).

Ejemplo: El titular de la marca EAGLE RARE demandó a una empresa que comercializaba un bourbon bajo el nombre AMERICAN EAGLE. Estas eran las bebidas tal y como se comercializaban:



El Tribunal de instancia consideró que existía un riesgo de confusión, porque el consumidor medio entendería que los productos provienen de empresas vinculadas económicamente (asumiría que *Eagle Rare* era una versión especial de *American Eagle*). En el recurso, el demandado alegó que en el caso de que los licores tuviesen una relación, la marca principal figuraría en la etiqueta, como sucede por ejemplo en el caso de *Gentleman Jack* y *Winter Jack*, en cuyas etiquetas consta el nombre *Jack Daniel's*. El Tribunal de apelación rechaza el argumento. Considera que el juez actuó correctamente al partir de la premisa de que los consumidores no inspeccionarán la etiqueta para comprobar si existe o no un vínculo entre los fabricantes de los güisquis («Trade mark law is all about consumers' unwitting assumptions, not what they can find out if they think to check»).⁵⁸

V.3. Análisis funcional en los casos de doble identidad

⁵⁸ Sentencia de 5 de agosto de 2021 de la *Court of Appeal (Civil Division), Liverpool Gin Distillery Ltd & Ors v Sazerac Brands, LLC & Ors*, [2021] EWCA Civ 1207, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/1207.html>, ap. 43.

En los casos de doble identidad, la función menoscabada puede ser tanto la esencial como otra de las funciones jurídicamente protegidas:

a) Función esencial: es especialmente importante tener en cuenta que, aunque en los casos de doble identidad no se exige que exista riesgo de confusión, y pese a la manida coletilla de que la protección en estos supuestos es absoluta, en realidad nada de absoluto hay en la tutela, porque se exige que se menoscabe la función esencial (u otra de las funciones de la marca).

Ejemplo 1: En los casos de *AdWords* en los que existe doble identidad, el Tribunal de Justicia no afirma automáticamente que existe infracción de la marca, sino que exige examinar la configuración del anuncio para determinar si se vulnera la función esencial. Véase, por ejemplo, el caso *Google France* («La determinación de si dicha función [esencial] de la marca resulta menoscabada cuando se muestra a los internautas, a partir de una palabra clave idéntica a una marca, un anuncio de un tercero, que puede ser competidor del titular de dicha marca, depende particularmente del modo en que se presente el anuncio»).⁵⁹ Sentencia de 23 de marzo de 2010, *Google France*, C-236/08 a C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159.⁶⁰

Ejemplo 2: En el caso *Opel/Autec*, el Tribunal de Justicia abordó el problema de la reproducción de marcas en coches de juguete que constituyen réplicas exactas de los automóviles originales. A pesar de que se trataba de un supuesto de doble identidad (porque Opel también tiene su marca registrada para juguetes), el Tribunal exige, para que exista infracción, que se menoscabe alguna de las funciones de la marca («solo puede prohibirse a un tercero incorporar un signo idéntico a una marca registrada para juguetes a modelos a escala reducida de vehículos, si ello menoscaba o puede menoscabar las funciones de esta marca»)⁶¹. En lo que a la función esencial se refiere, el Tribunal afirma que esta no resultará vulnerada cuando el público pertinente no perciba que el signo idéntico al logo Opel que figura sobre los modelos a escala reducida comercializados por Autec indique que estos productos proceden de Adam Opel o de una empresa relacionada económicamente con esta (ap. 24). Sentencia de 25 de enero de 2007, *Adam Opel AG/Autec AG y Deutscher Verband der Spielwaren-Industrie eV*, C-48/05, ECLI:EU:C:2007:55.

Por lo tanto, la única diferencia real –aunque para nada insignificante– entre los casos de doble identidad y de riesgo de confusión, es que en los primeros puede existir infracción si

⁵⁹ Ap. 83.

⁶⁰ Comentada en *ADI* por Marco Arcalá (2009/10).

⁶¹ Ap. 22.

se vulneran otras funciones, mientras que en los segundos la función perjudicada debe ser necesariamente la esencial.

b) Otras funciones de la marca: el Tribunal, por lo de ahora, ha reconocido como funciones jurídicamente tuteladas la consistente en garantizar la calidad, la de comunicación, la de inversión y la de publicidad (la lista es abierta: «en particular»). La infracción de alguna de estas funciones es suficiente, aunque la función esencial no resulte agredida y aunque la marca no sea renombrada.

Ejemplo 1: En el caso *L'Oréal*, las marcas Trésor, Miracle, Anaïs-Anaïs y Noa se utilizaban en el marco de listas comparativas de perfumes (las listas incluían la marca denominativa del perfume de lujo que el perfume de la demandada imitaba). En este caso, el órgano remitente había descartado que la publicidad menoscabase la función esencial de la marca. A pesar de ello, el Tribunal reconoce expresamente que existen otras funciones de la marca jurídicamente protegidas e insta al órgano remitente a estudiar si se menoscaban: «Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si, en una situación como la del litigio principal, el uso que se hace de las marcas de las que son titulares L'Oréal y otros puede menoscabar una de las funciones de esas marcas, como, en particular, sus funciones de comunicación, de inversión o de publicidad»⁶².

Ejemplo 2: BMW demandó al propietario de unos talleres de reparación que usaba la marca gráfica  en un folleto publicitario en el que anunciaba sus servicios de reparación de automóviles:



A.T.U-MEISTERWERKSTATT
Verschleißteile garantiert günstiger als beim Vertragshändler*

VERSCHLEISSTEILE
inkl. Montage – radikal im Preis gesenkt

GROSSE INSPEKTION FÜR ALLE
Ersatzteile in Originalteil-Qualität
inkl. 1 Jahr europaweiter Mobilitätsgarantie

REDUZIERT
99,50 €
49,- €
in Steier

UNSERE STÄRKEN SIND IHR VORTEIL
Service ohne Voranmeldung
Ersatzteile in Originalteil-Qualität
Günstige Festpreisaufpreise

A.T.U-GLAS-SERVICE
Austausch von Front-, Seiten- und Heckscheiben in Erstersterqualität.
A.T.U-AUTOGLAS-GARANTIE

A.T.U-SMART-REPAIR
Für Sie reparieren wir Kratzer, Schrammen, Steinschlag, Parkkratzer, Ölele, Risse im Armaturenbrett, Bohrerlöcher, Brandlöcher

Sofort-Steinschlag-Reparatur 0,-

Kostenersparnis bis zu 80%

⁶² Ap. 63.

El BGH parte de que nos encontramos ante un caso de doble identidad (la marca estaba registrada para automóviles y sus partes, reparaciones, mantenimiento e inspección de vehículos). A continuación, afirma que la función esencial de la marca no se ve afectada, pero sí la publicitaria. A este respecto, el BGH confirma la apreciación de la instancia, que había señalado que el uso del signo se hacía con fines publicitarios, ya que el uso de la marca gráfica (en lugar de los signos «VW» o «Volkswagen»), y el contraste entre los colores de la misma y el fondo rojo, atraían hacia el signo la mirada del consumidor. El modo en que se utiliza el signo, en definitiva, incrementa la fuerza publicitaria del anuncio. A continuación, el Tribunal examina si entra en juego la limitación del derecho de marca del § 23 de la Ley de marcas (equivalente al art. 6.1 c de la Directiva 2008: uso necesario para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular como accesorios o recambios). El Tribunal considera que no se cumple el requisito de que el uso se realice conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. Según el BGH, la marca ajena no se puede utilizar con fines publicitarios que vayan más allá del efecto publicitario connatural a utilizar la marca para determinar el objeto del servicio que presta el tercero. Ese efecto connatural debe ser tolerado por el titular de la marca, pero no el que lo rebase. En este caso, el demandado podría haber utilizado «VW» o «Volkswagen», sin necesidad de utilizar la marca gráfica, de un modo, además, que atrae la atención del consumidor. Sentencia del BGH de 14 de abril de 2011, I ZR 33/10, «Grosse Inspektion für alle», *GRUR* 2011, pp. 1135 y ss.

V.4. Análisis funcional en el caso de tutela de la marca renombrada

En los casos en los que la marca goce de renombre, un primer paso exige comprobar si existe vínculo entre el signo y la marca renombrada. De existir dicho vínculo, resulta necesario analizar si, con el uso del signo realizado sin justa causa, se pretende obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca o dicho uso es perjudicial para dicho carácter distintivo o dicho renombre. No es necesario realizar un examen independiente del menoscabo de las funciones de la marca, que ya está incorporado en el aprovechamiento o perjuicio al que hace referencia el tipo. En estos casos, por lo tanto, el «análisis funcional» es inherente al análisis de los elementos del tipo, queda incorporado a ellos.

Ejemplo 1: Constituye una infracción de las marcas renombradas de L’Oreal la venta por Malaika y Starion de perfumes que intentan reproducir el olor y se venden en envases y frascos similares a las marcas de renombre registradas por L’Oréal. El grado de similitud entre

el signo usado y la marca de renombre es suficiente como para que el público pertinente establezca un vínculo entre el signo y la marca, y no es necesario para la tutela de la marca renombrada que exista riesgo de confusión. Además, Malaika y Starion obtienen una ventaja del carácter distintivo o del renombre de las marcas de L'Oréal, que debe considerarse desleal en cuanto que pretende aprovecharse de una marca de renombre y del esfuerzo comercial realizado por el titular de la marca para crear y mantener la imagen de esta, sin ofrecer a cambio compensación económica alguna y sin hacer ningún tipo de esfuerzo a estos efectos. Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2009, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV y otros*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378.

Ejemplo 2: Pfizer, titular de la marca Viagra, demandó a una empresa que vendía semillas de calabaza con un glaseado de color azul en bolsas de plástico transparentes, bajo el nombre Styriagra. En su web afirmaba que en la medicina tradicional se considera que las semillas de calabaza son un remedio eficaz para las enfermedades del tracto urinario y que potencian el deseo sexual. El Tribunal Supremo austríaco considera que existe infracción de marca. En primer lugar, constata que la marca Viagra es renombrada. A continuación, tras recordar que no es necesario que exista riesgo de confusión, afirma que los signos son tan parecidos que el público establece un vínculo entre ellos. El consumidor medio, en efecto, entenderá el término Styriagra como una alusión a Viagra. A continuación, el Tribunal asevera que la existencia del vínculo no es suficiente para que exista infracción, por lo que continúa su examen, y llega a la conclusión de que el demandado se vale del alto conocimiento de la marca Viagra para atraer la atención de los consumidores hacia su producto, por lo que existe, como mínimo, un aprovechamiento desleal del carácter distintivo de la marca. Por último, el Tribunal estudia si el uso se hace con justa causa, lo que impediría declarar la infracción, y considera que no. Alega que ni la libertad artística ni la libertad de expresión evitan que se declare la infracción, ya que en este caso concreto lo que se sitúa en primer plano es el intento del demandado de llamar la atención sobre su producto mediante la evocación de la marca renombrada. El hecho de que lo haga de manera humorística no impide que el uso sea ilícito. En definitiva, en este caso concreto pesa más el interés del demandante en proteger su marca que el del demandado en evocarla, incluso aunque lo haga de forma humorística. Sentencia del OGH (Tribunal Supremo austríaco) de 22 de septiembre de 2009, «Viagra/Styriagra», 17 Ob 15/09v.

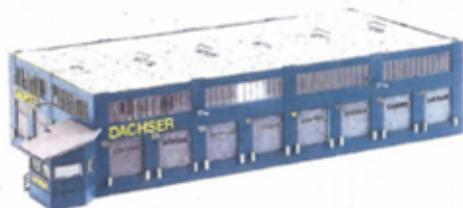
En los casos de marca renombrada, por lo tanto, el análisis de la concurrencia de los elementos del tipo es suficiente. No resulta por ello necesario, en particular:

1) Determinar si el uso se hace a título de marca, ya que la existencia de vínculo basta.

Ejemplo: La demandante –una empresa de logística– es titular de las siguientes marcas renombradas, registradas para productos y servicios en el ámbito de la logística y el transporte:

DACHSER
Food Logistics **DACHSER**

La demandada, una empresa que vendía reproducciones en miniatura de edificios y automóviles, comercializaba los siguientes productos:



El Tribunal no entra a valorar si existe o no uso a título de marca. Simplemente afirma que, dada la identidad o al menos similitud muy elevada de los signos, existe un vínculo entre los que utiliza el demandado y las marcas de la demandante. En consecuencia, entra a analizar el resto de los requisitos que se exigen para que exista una infracción de la marca renombrada, que en este caso, según el Tribunal, no concurren, por lo que desestima la demanda. Sentencia del OLG de Colonia de 29 de abril de 2022, 6 U 178/21, *GRUR-RR* 2022, pp. 437 y ss.

2) Examinar si se han menoscabado las funciones de la marca, ya que este menoscabo va ínsito en el perjuicio o aprovechamiento del carácter distintivo o del renombre de la marca.⁶³

⁶³ Como señala el *BGH*, «la violación de una marca renombrada no exige que las funciones de la marca renombrada se menoscaben mediante el uso del signo. Es suficiente, antes bien, con que con dicho uso se produzca un aprovechamiento del renombre de la marca renombrada o se cause un perjuicio al mismo». Sentencia del *BGH* de 12 de diciembre de 2019, I ZR 173/16 (KG), «ÖKO-TEST I», *GRUR* 2020, pp. 401 y ss., ap. 36. En la doctrina, *vid.* Thiering (2021: p. 1627), Ekey (2020: 590), y Boddien (2023: § 23 ap. 7).

Ejemplo: En la revista *ÖKO-TEST* se publican los resultados de los test que se hacen sobre varios productos, a los que se atribuye una nota. Cuando la valoración es positiva, es habitual que los fabricantes hagan referencia a esta valoración en su publicidad o en el propio producto. En los últimos años, la editora de la revista ha interpuesto varias demandas por violación de marca contra los terceros que recurren a esta práctica sin haber obtenido una previa licencia. En uno de esos casos la demandada vendía en su *web* productos para bebés en los que utilizaba la marca de la actora:



En lo que aquí interesa, el recurrente alegaba en el recurso de casación que el público no percibe el signo utilizado como una marca, ya que no entiende que los productos que figuran en los anuncios provengan de la actora (ni de una empresa que tenga vínculo con ella). En realidad –argüía– el público atribuye el producto al demandado o al fabricante, y considera que el signo simplemente proporciona información adicional sobre el producto. El BGH rechaza el argumento. Afirma que no es requisito para la violación de una marca renombrada que el público perciba el signo como marca y asuma que los productos en los que figura procedan del titular de esa marca o de una empresa vinculada. En el caso de las marcas renombradas es suficiente que el consumidor establezca un vínculo entre el signo y la marca. Además, prosigue el BGH, para que exista infracción de una marca renombrada tampoco es

Considero equivocada la sentencia de la AP de Madrid de 18 de mayo de 2018, que señala que «debemos concluir que yerra el apelante cuando sostiene que la doctrina de la afección de las funciones de la marca no juega en el caso de la marca renombrada, bastando, respecto de esta, con comprobar la concurrencia de los requisitos que específicamente contempla el artículo 34.2.c) LM (que transpone el artículo 5.2 de la Directiva 89/104) para poder impetrar la protección de la norma» (SAP Madrid, Secc. 28ª, 289/2018 de 18 de mayo, ECLI:ES:APM:2018:7781, ap. 20 de los FFDD). En el recurso de casación el Tribunal Supremo considera, respecto a este punto, que «conforme a la jurisprudencia mencionada el recurrente pudiera tener razón», si bien confirma de todos modos la sentencia porque la estimación del motivo carecería en cualquier caso de efecto útil (STS 725/2021, de 26 de octubre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3896, FD 3º).

necesario que se menoscaben las funciones de la marca renombrada mediante el uso del signo. Es suficiente con que se produzca un aprovechamiento o perjuicio del carácter distintivo o del renombre de la marca (sin justa causa). Sentencia del BGH de 12 de diciembre de 2019, I ZR 173/16 (KG), «ÖKO-TEST I», *GRUR* 2020, pp. 401 y ss.

3) Valorar si concurren las limitaciones de los efectos de la marca del art. 14 de la Directiva (art. 37 de la Ley de Marcas), ya que si se trata de un uso realizado sin justa causa no será conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial⁶⁴.

En la misma sentencia *ÖKO-TEST I* del ejemplo anterior, el Tribunal concluyó que se viola la marca renombrada de la demandada, porque existe vínculo y un aprovechamiento desleal o perjuicio del renombre de la actora que se producía sin justa causa. Respecto a este último punto, el Tribunal considera que prima el interés de la demandante a controlar el uso que se haga de su marca en publicidad sobre el interés de la demandada en divulgar información sobre sus productos. En el recurso de casación, la demandada reprochaba al tribunal de instancia el no haber aplicado el límite al derecho de marca del § 23 de la Ley alemana de marcas. En su opinión, el uso era lícito porque se trataba de una indicación descriptiva y el uso era conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. El BGH rechaza el argumento, ya que en el caso de la marca renombrada, el estudio de si la marca se usa de conformidad con las prácticas leales se hace en el marco del propio tipo, al valorar si existe un uso desleal sin justa causa. En esta valoración, en la que se lleva a cabo una apreciación global, ya se incluyen los principios o valores que subyacen al precepto que regula las limitaciones al derecho de marca.⁶⁵ Sentencia del BGH de 12 de diciembre de 2019, I ZR 173/16 (KG), «ÖKO-TEST I», *GRUR* 2020, pp. 401 y ss.

⁶⁴ Esta interpretación razonable es la que mantiene, en reiterada jurisprudencia, el BGH (Boddien, 2023: § 23, ap. 7). No lo entiende así, sin embargo, el Tribunal Supremo español, ya que de otro modo no hubiese formulado cuestión prejudicial en el caso «1000 euros ZARA tarjeta regalo» (C-361/22). En el auto en que se plantea la cuestión prejudicial (auto de 12 de mayo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:7295A) el Tribunal indica que «El resultado de la cuestión prejudicial tiene incidencia en la resolución del caso. Si el Tribunal Supremo estima el motivo de casación que se refiere a la interpretación y aplicación del precepto que confiere especial protección a las marcas renombradas, entonces tendría que entrar a analizar si el uso realizado por Boungiorno de la marca «Zara» podía considerarse un uso referencial excluido del *ius prohibendi* que la marca confiere a su titular, al incluirse en el límite del art. 37 c) de la originaria Ley de Marcas (equivalente, al del art. 6.1 .c) de la Directiva 89/104/CE), que es la norma aplicable por razones temporales en el litigio objeto del recurso». En todo caso, la opinión del Tribunal Supremo no es descabellada, y la mantiene un autor de la talla de Fezer (2009: § 23 ap. 31) (aunque reconoce que por lo general no habrá diferencia entre el resultado arrojado por el examen de la justa causa en sede de marca renombrada y el de las prácticas leales en sede de límites). No obstante, y siendo el Derecho de marcas ya tan complicado, no se debería hacer todavía más complejo sin una razón de peso. Propongo, en este sentido, aplicar al Derecho de marcas la navaja de Ockham («entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem»).

⁶⁵ El BGH cita su sentencia de 28 de junio de 2018, I ZR 236/16, «keine-vorwerk-vertretung», *GRUR* 2019, pp. 165 y ss., cuyo ap. 22 es todavía más claro: «Las valoraciones del § 23 –en especial la cuestión de si el uso de la marca atenta contra las prácticas leales– se toman en consideración en el § 14 II núm. 3 [tutela de la marca

V.5. La importancia del análisis funcional como dique de contención

El uso a título de marca ha supuesto un importante dique de contención ante la fuerza expansiva del derecho de marca, porque supone un filtro previo que mantiene ciertos usos al margen del escrutinio del Derecho de marcas. Esta actividad de filtrado es especialmente importante si se considera la paulatina ampliación de los signos que pueden registrarse como marcas (formas tridimensionales, colores *per se...*), así como el hecho de que tradicionalmente el análisis de la existencia de riesgo de confusión se ha hecho de manera abstracta⁶⁶.

Ejemplo: Deutsche Telekom AG es titular de la siguiente marca de color registrada para las clases 38 y 42 (servicios de telecomunicaciones):



La titular de la marca demandó a una empresa del sector de las telecomunicaciones por emplear el color PANTONE 675C y colores similares en sus establecimientos, publicidad, carteles, catálogos y páginas web.

En lo que aquí interesa, que es el riesgo de confusión (los signos eran simplemente similares), el Juzgado de lo Mercantil hace la habitual ponderación de la semejanza entre signos, productos y servicios y carácter distintivo de la marca anterior. Pero lo que resulta interesante, no obstante, es que el tribunal también tiene en cuenta la forma en la que se utilizaban los colores, y analiza los contextos en los que se usaban. En algún caso, por ejemplo, considera que los usos no son infractores, pero en la mayoría de los casos declara que existe infracción («En las demás, incluso el empleo de este tono en la barra que enmarca las pestañas de las diversas opciones, el color de los números o las letras de cada oferta, es un uso que se interpreta por el consumidor medio como identificativo del prestador de los servicios en general, y en particular de la demandante por su muy intenso, característico y notorio su uso

renombrada] al examinar si existe o puede existir un aprovechamiento desleal o un perjuicio, realizado sin justa causa, del carácter distintivo o del renombre de la marca renombrada».

⁶⁶ Sin el filtro del uso a título de marca el análisis abstracto arrojaría resultados poco satisfactorios. Von Gamm (1974: 541).

del magenta»). Es decir, que el Tribunal tiene en cuenta si el uso del color se hace a título de marca o no (en otros lugares dice que «la demandada emplea el color Pantone 675C claramente como distintivo e identificativo de sus servicios» y que el color se utiliza como «signo distintivo inequívoco (es decir, a título marcario)»). La constatación del tribunal es importante, porque si se llevase a cabo un análisis abstracto del riesgo de confusión sin utilizar el filtro previo del uso a título de marca los resultados serían intolerables. SJM núm. 2 de Alicante, 52/2018, de 27 marzo (ECLI:ES:JMA:2018:4929).

Esta importante labor de filtro no se pierde por la renuncia al control que supone el uso a título de marca, porque en el análisis funcional el papel de dique de contención lo asume el menoscabo de las funciones de la marca, y porque el análisis del riesgo de confusión no es abstracto, sino contextualizado. En el análisis funcional, en lugar de llevar a cabo un análisis en dos pasos (establecer si el uso es a título de marca y, en caso de serlo, apreciar de manera abstracta la existencia de riesgo de confusión) se valora si se menoscaba la función esencial, lo que ha de hacerse, como sabemos, mediante un análisis contextualizado.

Ejemplo: En el caso anterior, en el que el Tribunal consideró que los signos eran similares, la única función que puede resultar menoscabada es la esencial. En consecuencia, el análisis funcional exige estudiar el empleo del color similar al registrado que efectúa la demandada en su web, folletos, oficinas, carteles, establecimientos, mobiliario, etc. y determinar para cada uno de esos casos si el público relevante puede creer que los productos o servicios provienen del titular de la marca o de una empresa vinculada económicamente. Si en el análisis tradicional el contexto se tiene en cuenta para determinar si el uso es a título de marca, en el análisis funcional el contexto se tiene en cuenta para determinar la existencia de riesgo de confusión (recuérdese que de existir ese riesgo la función esencial resulta automáticamente menoscabada).

Bibliografía

- BAUMBACH, A. y HEFERMEHL, W. (1979), *Warenzeichenrecht*, C.H.Beck, Múnich.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2002), *Introducción a las Marcas y otros Signos Distintivos en el Tráfico Económico*, Aranzadi, Cizur Menor.
- BERNET PÁEZ, M. (2022), «Los usos permitidos de las marcas ajenas: Una propuesta para el Derecho chileno de acuerdo con la experiencia comparada», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 11, núm. 2 (pp. 87-120).
- BODDIEN, T.W. (2023) en INGERL, R., ROHNKE, C. Y NORDEMANN, A., *Markengesetz*, C.H. Beck, Múnich (4ª ed.).

- BONOMO, V. y MAGNANI, P. (2022), «Non-Distinctive Uses of a Trademark: The CJEU's «Function Theory» (and Its Adoption by Italian Courts) – Future Prospects in Light of EU Trademark Law», *IIC* 2022, pp. 685-700.
- BORNKAMM, J. y FEDDERSEN, J. (2019) en KÖHLER, H., BORNKAMM, J., Y FEDDERSEN, J., *UWG*, C.H. Beck, Múnich (37ª ed).
- CADDICK, N., LONGSTAFF, B., WOOD, J.M. y DULY, C., (2021), *A User's Guide to Trade Marks and Passing Off*, Bloomsbury Professional, Londres (5ª ed.).
- CARVALHO, M.M. (2009/10), «A protecção jurídica da marca segundo o acórdão «L'Oreal»», *ADI*, T. 30, 2009-2010 (pp. 647-662).
- CERNADAS LÁZARE, M. (2019), *La dilución de la marca de renombre*, Marcial Pons, Madrid.
- EICHELBERGER, J. (2010), «Opel-Blitz II – Abschied vom Erfordernis der markenmäßigen Benutzung?», *MarkenR*, núm. 11/12 (pp. 474-477).
- EKEY, V. (2020) en EKEY, F., BENDER, A., FUCHS-WISSEMANN, G., *Markenrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 4 ed.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. (1984), *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Montecorvo, Madrid.
- (2001), *Tratado de Derecho de Marcas*, Marcial Pons. Madrid.
- FEZER, K.-H. (2009), *Markenrecht*, C.H. Beck, Múnich, 4. ed.
- (2010), «Markenschutzfähigkeit der Kommunikationszeichen (§§ 3 und 8 MarkenG) und Kommunikationsschutz der Marken (§§ 14 und 23 MarkenG). Die funktionale Kennzeichenrechtstheorie als Perspektive des «L'Oréal»-Urteils des EuGH», *WRP* (pp. 165-181).
- FHIMA, I., y GANGJEE, D.S. (2019), *The confusion test in European Trade Mark Law*, Oxford University Press, Oxford.
- GALÁN CORONA, E. (2008), en BERCOVITZ Y GARCÍA CRUCES (dirs.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, tomo I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (2ª ed.).
- GARCÍA PÉREZ, R. (2011), «El riesgo de confusión en el Derecho de marcas de la Unión Europea», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, núm. 8 (pp. 47-112).
- (2019), *El Derecho de marcas de la UE en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid.
- (2021), *La expansión del derecho de marca*, Marcial Pons, Madrid.
- GARCÍA VIDAL, A. (2000), *El uso descriptivo de la marca ajena*, Marcial Pons, Madrid.
- (2002), «El uso de la marca ajena con una finalidad diferente a la de distinguir productos o servicios», *ADI*, T. XXIII (pp. 337-361).
- HACKER, F., (2021) en Ströbele, P., Hacker, F., y Thiering, F., *Markengesetz Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, Hürth (13ª ed.).
- HAFENMAYER, A. (2014), *Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Verwechslungen im Konflikt mit den Wertungen des Kennzeichenrechts*, Herbert Utz Verlag, Múnich.
- HASSELBLATT, G.N. y KIPPING, D. (2010), «Die «neue» Markenfunktionenlehre im Lichte der jüngeren Spruchpraxis des EuGH», *KSzW* (pp. 236-241).
- HOTZ, A. (2003), «Die rechtsverletzende Markenbenutzung in der neueren Rechtsprechung von EuGH und BGH», *GRUR*, núm 12 (pp. 993-1002).

- Ingerl, R. (2002), «Rechtsverletzende und rechtserhaltende Benutzung im Markenrecht», *WRP*, núm. 8 (pp. 861-870).
- KEIL, U. (2010), «Das Ende der markenmäßigen Benutzung?», *MarkenR*, núm. 5 (pp. 195-200).
- KRAFT, A. (1991), «Notwendigkeit und Chancen eine Marken im neuen WZG», *GRUR*, núm. 5 (pp. 339-344).
- MARCO ARCALÁ, L.A. (2009/10), «La infracción del derecho de marca mediante palabras clave en los motores de búsqueda en Internet en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *ADI*, Vol. 30 (pp. 663-690).
- MASSAGUER, J. (1999), *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid.
- MONTEAGUDO, M. (1993), «El riesgo de confusión en Derecho de marcas y en Derecho contra la competencia desleal», *ADI*, Vol. 15 (pp. 73-108).
- OHLY, A. (2010.a), «Die Markenverletzung bei Doppelidentität nach L'Oreal: eine Kritik», en *Festschrift für Michael Loschelder*, Dr. Otto Schmidt, Colonia (pp. 265-278).
- (2010.b), «Keyword Advertising auf dem Weg zurück von Luxemburg nach Paris, Wien, Karlsruhe und Den Haag», *GRUR*, núm. 9 (pp. 776-785).
- PEGUERA POCH, M. (2012/13), «Uso a título de marca y alcance del *ius prohibendi* en la Directiva de marcas», *ADI*, Vol. 33 (pp. 185-210).
- PIPER, H. (1996), «Der Schutz der bekannten Marken», *GRUR*, núm. 7 (pp. 429-439).
- RUBUSCH, A. (2012), «Funktionelles Verständnis des Benutzungsbegriffs und mittelbare Markenverletzung», *MarkenR*, Vol. 6 (pp. 240-247).
- SACK, R. (2013.a), «Die abstrakte Verwechslungsgefahr im Markenrecht», *GRUR*, núm. 1 (pp. 4-8).
- (2013.b), «Die Verwechslungsgefahr im Marken- und Wettbewerbsrecht – einheitliche Auslegung?», *WRP*, Vol. 1 (pp. 8-16).
- (2010), «Vom Erfordernis der markenmäßigen Benutzung zu den Markenfunktionen bei der Haftung für Markenverletzungen», *WRP*, vol. 2 (pp. 198-211).
- SAIZ GARCÍA, C. (2016/17), «El Derecho de marcas frente a usos del signo propios de la tecnología tridimensional», *ADI*, Vol. 37 (pp. 221-242).
- SUÑOL LUCEA, A. (2012), «El presupuesto de uso en el tráfico económico para productos o servicios en el actual derecho de marcas: ¿Un paso más hacia la protección ilimitada de las marcas?», *InDret*, núm. 4 (pp. 1-82).
- (2022), *Estudios sobre la función y la protección de las marcas*, Comares, Granada.
- THIERING, F. (2021) en Ströbele, P., Hacker, F., y Thiering, F. *Markengesetz Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, Hürth (13ª ed).
- TORRES PÉREZ, F. (2011/12), en *ADI*, «El uso de la marca notoria ajena en vehículos a escala», *ADI*, Vol. 32 (pp. 527-550).
- VON GAMM, O.F. (1974), «Das Erfordernis der kennzeichenmäßigen Benutzung», *GRUR*, núm. 9 (pp. 539-542).

MARCO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL AL SERVICIO DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y DIGITAL

Legal framework of civil liability at the service of the ecological and digital transition

EVA R. JORDÁ CAPITÁN

eva.capitan@urjc.es

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

Cómo citar / Citation

Jordá Capitán, E.R. (2023).

Marco normativo de la responsabilidad civil al servicio de la transición ecológica y digital
Cuadernos de Derecho Privado, 6, pp. 91-147

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.45>

(Recepción: 28/02/2023; aceptación tras revisión: 20/04/2023; publicación: 31/08/2023)

Resumen

Las normas sobre responsabilidad civil están siendo objeto de una profunda revisión con la finalidad de adaptarlas, en el marco de la Agenda 2030 a los procesos de transición ecológica, de una economía lineal a una economía circular, y a los procesos de transición digital, se dice que con la intención de facilitar el acceso de las víctimas de los daños a la reparación. A través de este estudio trataremos de aproximarnos a la virtualidad práctica que las funciones de la responsabilidad civil presentan en estos y otros sectores, como el de los daños ambientales, en orden a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Palabras Clave

Objetivos de desarrollo sostenible, responsabilidad civil, sostenibilidad, transición ecológica y digital.

Abstract

The rules of civil liability are undergoing a thorough review in order to adapt them, within the framework of the 2030 Agenda for Sustainable Development, to ecological transition processes, from a linear economy to a circular economy, and to digital transition processes, it is said that with the intention of facilitating the access of the victims of the damages to reparation. Through this study we will try to approach the practical efficiency that civil liability functions present, in these and others sectors, such as environmental damage, to achieve the Sustainable Development Goals.

Key words

Sustainable development goals, civil liability, sustainability, ecological and digital transition.

SUMARIO:

I. DELIMITACIÓN Y ALGUNA NECESARIA MATIZACIÓN APRIORÍSTICA. II. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA SOSTENIBILIDAD. III. LA REVISIÓN DE LA

DIRECTIVA SOBRE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. REFERENCIA A LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y LA COBERTURA DE LOS DAÑOS TRADICIONALES. IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL MARCO DE LA DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD. V. LA REVISIÓN DE LAS NORMAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA CIRCULAR. VI. LA CUESTIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. LA NECESIDAD DE GENERAR CONFIANZA EN LA CIUDADANÍA. *Bibliografía*

I. DELIMITACIÓN Y ALGUNA NECESARIA MATIZACIÓN APRIORÍSTICA

El presente estudio tiene como telón de fondo los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) adoptados el 25 de septiembre de 2015 en el seno de la Organización de Naciones Unidas¹ (en adelante, ONU). Los objetivos marcados por la Agenda 2030 han provocado, entre otras muchas cuestiones, la puesta en práctica de toda una labor revisionista del acervo normativo de la Unión Europea (en adelante, UE) con la finalidad de integrar en las muy numerosas y diversas políticas los ODS. Y de forma paralela se trabaja en nuevas normas nacidas ya con su impronta.

Pese a la amplitud del tema que pudiera sugerir su título, en este trabajo la atención se va a centrar en determinadas iniciativas legislativas de la UE en materia de responsabilidad civil con un objetivo muy concreto. No se trata, en este momento, de llevar a cabo un estudio exhaustivo o de Derecho comparado o un análisis jurisprudencial en relación a la temática abordada por cada una de estas propuestas. Lo que se pretende es traer hasta estas líneas las opciones por las que los organismos de la UE se están decantando, lo que con ello nos están mostrando, a medida que se van sucediendo diversas reacciones tras las presentaciones de sus textos iniciales; la finalidad última es poder reflexionar sobre el papel adjudicado, en cada caso, a la responsabilidad civil y en función de ello su contribución efectiva en favor de la sostenibilidad y todo este proceso transitorio en el que nos encontramos. Que la institución de la responsabilidad civil puede contribuir de manera positiva en el proceso de transición es algo obvio² desde la propia función reparadora y se quiera o no, además, poner el acento en su faz preventiva. Pero

¹ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible> (14/03/2023).

² Manifestó López Jacoíste (1994:15) que “[L]a responsabilidad extracontractual dibujase como instrumento apto para hacer cumplir el Derecho comunitario europeo. La responsabilidad delimita funciones, traza imputabilidades, instituye posiciones jurídicas, denuncia el perjuicio material y la extralimitación eventualmente irrogados y los erige en lesión jurídica”.

de lo que se trata es de valorar si con las configuraciones que están conformándose en el marco de estas iniciativas legislativas podrá hablarse de una contribución eficaz, y no meramente efectista, desde la posición de la eventual víctima, es decir, la persona a título individual o formando parte de la colectividad. La intención es proponer para su observación si las opciones por las que parece estar inclinándose el legislador nos muestran un punto de convergencia, de confluencia entre los intereses de las personas y el desarrollo económico. Porque ahí es donde se han venido residenciando y continúan concentrándose los auténticos problemas. Es el desarrollo económico y el tecnológico el que en ocasiones confronta con una eficaz protección de los intereses de las personas. Las nuevas realidades sociales y económicas son las que en primer término están provocando una transformación de las reglas de la responsabilidad civil, pero ¿las ambientales también? Desde mi punto de vista éstas últimas no tanto, aunque lo deseable es que lo fueran al mismo o en mayor grado.

Como se ha mencionado en líneas precedentes los diversos ordenamientos jurídicos están experimentando modificaciones, con menor o mayor intensidad según los casos, para adaptarlas a la finalidad de la Agenda 2030 y los ODS. Las normas en materia de responsabilidad civil interesan, desde mi punto de vista, fundamentalmente por una relevante razón. La protección de la persona. Ello no significa defender una línea de pensamiento exclusivamente antropocéntrica y apartarse de la naturaleza universal u omnicomprendiva los ODS. La protección de la persona, en el mismo plano de igualdad que la protección de las condiciones ambientales, es el núcleo del propio concepto de sostenibilidad. Por esa razón, creo importante observar qué se pretende con los nuevos pronunciamientos normativos en materia de responsabilidad civil. ¿Están pensados para contribuir a esa finalidad? ¿Se pone a través de esas configuraciones el instituto de la responsabilidad civil extracontractual al servicio de los ODS? Esta expresión «al servicio de» es susceptible de admitir una doble interpretación. Por un lado, al servicio en el sentido de coadyuvar, junto al empleo de otras instituciones jurídicas, a la consecución de los ODS y a la protección de las personas. Pero quizás en el marco de alguna de estas iniciativas legislativas esa misma expresión y en relación, por ejemplo, al proceso de transición digital, pueda interpretarse en el sentido de sacrificar parte de su potencial eficacia para favorecer o no frenar el avance tecnológico. Un avance tecnológico, que, por su parte, puede reportar indudables beneficios sociales, fomentar la inclusión y ayudar

a frenar el deterioro ambiental, proporcionando conocimientos e instrumentos con los que hacer frente a las consecuencias negativas del cambio climático.

Adelantando parte de lo que a lo largo de este estudio se irá concluyendo, veremos sin dificultad cómo en determinados supuestos la opción del órgano europeo al introducir en los diferentes textos numerosos conceptos jurídicos indeterminados³ puede contribuir a crear un estado general de heterogeneidad legislativa o dificultar su aplicación y, por lo tanto, la consecución de la finalidad trazada a través de los ODS. Unido a la configuración de un régimen de responsabilidad basado en la culpa en relación con el cumplimiento de la legislación en determinados casos, apartándose de los criterios de imputación objetivos, puede verse como una forma de no querer obstaculizar el desarrollo económico y tecnológico y en tales casos quizás pueda quedar comprometido, en alguna medida, el ejercicio del derecho de las víctimas de los daños a obtener la oportuna reparación y, en definitiva, la piedra angular de toda esta cuestión.

II. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA SOSTENIBILIDAD

Los fundamentos de cada uno de los 17 ODS a los que se asocian una serie de Metas realmente no nos son ajenos. Acabar con la pobreza en el mundo, procurar educación, agua y alimentos salubres y de calidad a todas las poblaciones del planeta, acabar con las desigualdades y conductas discriminatorias del tipo que sean, acabar con la explotación y el abuso infantil o procurarnos unos sistemas de consumo y producción sostenibles que en definitiva lleven a mantener unas idóneas condiciones ambientales, son objetivos admitidos por todos los gobiernos del mundo. Existe un consenso global, al menos en teoría y a nadie se le ocurre decir lo contrario en ninguna de las numerosas reuniones o cumbres de carácter mundial. Por esa razón en el seno de -la mayoría- de los diferentes ordenamientos jurídicos contamos con normas cuyo pilar fundamental o principio informador es alguno de estos ODS. Muchas de ellas no son normas jurídicas de reciente promulgación. Hay que pensar que los ODS pueden conectarse con conocidos principios generales del Derecho, en Derecho Civil son numerosos, aunque desde ahora lo que acabo de afirmar podrá servir para evocar alguno sin mucha dificultad, como el conocido *alterum non laedere* o *neminem laedere*⁴. Aunque sí debemos reconocer que en

³ A ello se ha referido de modo expreso Navas Navarro (2022: 49) afirmando que el excesivo empleo de tales conceptos puede generar inseguridad jurídica.

⁴ Ulpiano (Digesto 1, 1, 10, 1).

determinados supuestos las normas deberán pasar por la correspondiente revisión para, en unos casos integrar en su redacción la referencia a los ODS, quizás simplemente a efectos programáticos, y en otros, con una verdadera intención de que en la práctica esa referencia se pueda traducir en una mayor garantía y defensa de determinados intereses jurídicos.

Bajo la rúbrica de la sostenibilidad hay que situar un concepto bien conocido, el de desarrollo sostenible. Ambos hacen referencia a un desarrollo o forma de conducta que no comprometa los recursos para las generaciones venideras; o que nuestra huella los comprometa lo menos posible o con el menor impacto. Desarrollarnos, vivir, avanzar, prosperar, crecer económica y socialmente, pero de una manera sostenible y preservando los bienes ambientales. Bienes que para nosotros suponen nuestro soporte vital en su sentido más amplio. Bienes a través de los cuales las personas satisfacen sus intereses. Y en este punto tengamos en cuenta algo que, desde mi punto de vista, es bastante obvio; se trata de intereses básicos, consustanciales a la propia naturaleza humana, por lo que, sí, sí podemos afirmar que esa necesidad es compartida con las generaciones futuras. No considero, en contra de lo que sí ha sostenido alguna opinión que la cuestión haya que relacionarla con la posibilidad o no de llevar a cabo tareas adivinatorias⁵, que puedan colocarnos en la posición de saber qué necesitarán las generaciones futuras, porque parece claro que, sin necesidad de dichas artes, como mínimo, esas generaciones necesitarán que la calidad o idoneidad de los recursos naturales sea la adecuada para seguir satisfaciendo intereses vitales básicos. A eso es a lo que se refiere, en general y sin ser necesario ahora profundizar mucho más, el concepto de un desarrollo sostenible y la propia sostenibilidad. No nos referimos aquí a la existencia de una obligación jurídica en sentido estricto para con las generaciones futuras; se trata de la solidaridad intergeneracional que debe informar el ordenamiento jurídico en su conjunto, más allá de la existencia de un concreto vínculo jurídico o de la imposibilidad de que esas generaciones futuras gocen de personalidad jurídica, como también se ha llegado a mantener en el seno de la opinión antes citada. Porque como de forma absolutamente clara y suficientemente ilustrativa se ha puesto de relieve desde otros sectores, el futuro del planeta está ocurriendo ahora⁶.

⁵ Así lo expuso Ruda González (2008: 46).

⁶ Son palabras de Valladares Ros, <https://www.valladares.info/infografia/el-futuro-del-planeta-esta-pasando/> (14/03/2023).

Si en el ámbito jurídico es habitual afirmar que la primera de las realidades sociales, luego convertida en jurídica, es la persona hay que admitir que junto a ella y en el mismo plano, debemos situar los bienes ambientales; podríamos decir la biodiversidad, imprescindible para poder hablar de sostenibilidad. El principio que rige sus relaciones no puede ser de jerarquía en tanto en cuanto unos y otras formamos parte de este mismo escenario. Lo relativo a la protección ambiental y la necesidad de llevar a cabo un desarrollo sostenible no es una cuestión nueva. Sin embargo, lo que hasta épocas recientes se denominaba como *tendencia* debido a determinadas extremas situaciones climáticas en los últimos años ha cambiado y pasado a calificarse de *emergencia*. Estamos asistiendo a toda una serie de llamamientos económicos, jurídicos y sociales cuyo eje es la sostenibilidad, sí, pero en igual medida la persona; la sostenibilidad implica, igualmente, comportamientos comprometidos desde un punto de vista inclusivo. Ahora bien, es fácil comprender que la naturaleza, o si se prefiere los que en Derecho denominamos como bienes ambientales, podrán seguir sin nosotros, pero nosotros necesitamos de ellos para subsistir. Las crisis climáticas provocan desplazamientos de población y pueden actuar como un “factor de perturbación” adicional, por ejemplo, con respecto al agua o a la lucha por terrenos limpios o menos contaminados y la escasez de alimentos como telón de fondo. La propiedad de las tierras y el acceso a los recursos naturales siempre ha sido una fuente de conflicto, que con las crisis climáticas no hacen sino recrudecerse⁷. El cambio climático actúa como un “amplificador y multiplicador de crisis”⁸ y en ese sentido afecta al adecuado desarrollo y respeto de los derechos humanos. Y si nos fijamos, ya no es que estemos comprometiendo los recursos para las generaciones futuras, que por supuesto, sino que estos están ya en situación de riesgo para poder satisfacer las presentes y comprometiendo, por lo tanto, el respeto y el ejercicio de determinados derechos humanos.

La sostenibilidad está actuando, o debería, como un catalizador para generar la transformación social, económica y jurídica necesaria. A la ciudadanía se nos pide que cambiemos nuestros comportamientos como consumidores y a las empresas en el desarrollo de sus actividades de producción y distribución para pasar a conductas más

⁷ Es la ONU la que pone de relieve que no existe una relación directa entre crisis climática y conflictos pero sí actúa como potenciador de los ya existentes, suponiendo su agravamiento <https://www.un.org/es/chronicle/article/el-cambio-climatico-y-los-conflictos-cola-que-mueve-al-perro-o-nuevas-tensiones-y-desigualdades-en> (14/03/2023).

⁸ Y así lo manifestó el Secretario General de la ONU, Antonio Guterres. <https://news.un.org/es/story/2021/02/1488532> (14/03/2023).

sostenibles; de esa economía lineal caracterizada por el empleo de un modelo de consumo rápido y sin tener presente el impacto en los recursos naturales a una economía circular donde el fundamento, desde un punto de vista muy general, es la reutilización y la vuelta del producto a la cadena de consumo, generando el menor impacto posible y reduciendo la utilización de materias primas. Y en ese camino el Derecho integra, o debería integrar, desde una óptica reforzada, esos mismos parámetros, poniendo a nuestra disposición el marco y los instrumentos precisos.

Los desafíos son, por lo tanto, sociales, económicos y jurídicos. La cuestión no se presenta sencilla, nunca lo ha sido. Es complejo encontrar el punto de equilibrio entre la protección de los intereses sociales y ambientales en juego y el adecuado y necesario desarrollo económico y tecnológico. La transición ecológica debe llevarse a cabo en todos los sectores y las realidades de cada uno son diferentes (construcción, agricultura, transportes, industria textil, etc.). Se habla ahora, y por citar solo algunos ejemplos, de viviendas sostenibles, transportes sostenibles, tejidos sostenibles, empaquetado sostenible. Cualquier actividad, sea la que sea, debe llevarse a cabo con eliminación o reducción de la conocida como huella de carbono. Recordemos que la huella de carbono indica el impacto de nuestra actividad (huella ecológica) y hace referencia al total de emisiones de gases de efecto invernadero que son provocadas por una persona, un producto, una empresa y que es expresada como dióxido de carbono equivalente. Pero igualmente deben desarrollarse sin lesionar los derechos fundamentales de las personas. Porque los ODS tienen por finalidad proteger el planeta, pero igualmente mejorar las vidas y las perspectivas de las personas. El desarrollo sostenible debe procurar un futuro inclusivo para las personas. Es bien sabido, a estas alturas, que el desarrollo sostenible comprende acciones desde el punto de vista económico, social y ambiental. Y como la propia ONU ha manifestado se trata de elementos “interrelacionados y son todos esenciales para el bienestar de las personas y las sociedades”⁹.

III. LA REVISIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. REFERENCIA A LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y LA COBERTURA DE LOS DAÑOS TRADICIONALES

⁹ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/> (14/03/2023).

Hay que recordar que “el no causar daño a los demás es quizás la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana. No en vano los juristas romanos la incluyeron entre las grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honesto y al dar a cada uno lo suyo”¹⁰. Y lógicamente el causarlo hace surgir la obligación de repararlo. Sin duda, hay consenso en que lo mejor sería la ausencia de daño, aunque igual de unánime es la consideración de que esto es imposible. Siendo así, frente a la idea del deber de no causar daño contamos con la de responsabilidad ante el incumplimiento. Ya hace casi treinta años se dijo en nuestra doctrina que no cabía hablar de “«una» función de la responsabilidad civil, sino de la que (o de las que) esta venerable institución está llamada a desplegar; y no sólo en el completo ámbito de un ordenamiento jurídico, sino también en el de las particulares reglas que dentro del mismo se encaminan a responder - de forma armoniosa en *el conjunto del sistema*- a la eterna pregunta de qué debe suceder cuando causamos un daño”¹¹.

A la institución de la responsabilidad civil se le atribuye, además de la reparadora o compensatoria, una función preventiva. Es en ciertos momentos discutida, pero podría presentar aquí, como en otros sectores, indudables ventajas que ya fueron advertidas por el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental¹². Sin embargo, la vertiente reparadora o resarcitoria no es la que preserva, sino la que restaura o compensa una vez producido el daño¹³ y esa es la primordial función de la responsabilidad civil¹⁴. En el caso de los daños ambientales la reparación en sentido estricto no es posible. En la gran mayoría de los casos la vuelta al estado anterior a la agresión del elemento ambiental dañado es imposible. Podrá compensarse, pero no repararse; podrá buscarse una solución alternativa para seguir satisfaciendo el interés en cuestión al que servía el elemento ambiental dañado, pero no dejarlo en el estado en el que se encontraba antes de la lesión; podrá

¹⁰ Con este recordatorio comienza en su Lección 1, con el título *La Responsabilidad Civil*, De Ángel Yágüez (1978: 9).

¹¹ De Ángel Yágüez (1995:233).

¹² Bruselas, 9/02/2000. COM (2000) 66 final.

¹³ Por su parte manifestó Reglero Campos (2002:38) que la finalidad de la responsabilidad civil no es la defensa de los derechos subjetivos absolutos, entre los que citó los conocidos derechos de la personalidad -honor, intimidad., imagen- y entre los cuales, añadido yo, llegado el momento podría quedar incluido el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado del artículo 45 CE; siguiendo con la exposición que realizó el autor citado, en su opinión y en mayor medida, la función de la responsabilidad civil “es la reparación del daño causado a tales derechos, no su reintegración” porque para ello existen otros instrumentos como puedan ser las acciones reivindicatorias o la acción negatoria.

¹⁴ Dijo López Jacoiste (1994:67) que “La razón significativa y más determinante de la obligación de reparar se encuentra en la realidad del menoscabo infligido. Se trata de imponer y justificar un retorno patrimonial reintegrador, o al menos de alguna manera satisfactorio”.

acondicionarse un terreno contaminado, tratar de depurar unas aguas contaminadas, pero en ambos supuestos es complicado, por definición, devolverlo al estado anterior en el que se encontraba antes de la agresión. La función que cumple en este caso la responsabilidad civil es una función indemnizatoria para compensar, condenando al responsable al pago de una cantidad económica que podrá como digo ser destinada a labores de reacondicionamiento del lugar contaminado, satisfacer el interés que las víctimas venían satisfaciendo del elemento ambiental dañado, pero ahora mediante una vía alternativa sufragada con la indemnización satisfecha por el responsable del daño, entre otras¹⁵. Quienes por su parte han querido destacar su función preventiva la sitúan en la vis disuasoria que pudiera derivarse del pago de la correspondiente indemnización¹⁶; en las consecuencias legales a las que deberá enfrentarse el causante del daño. Con todo, la realidad de los daños ambientales no va a desaparecer y no hay instrumento jurídico que pueda impedirlos todos y, en cualquier caso. Pero sí debemos arbitrar o reforzar aquellos instrumentos económicos y jurídicos que contribuyan a prevenir en lo posible y/o sean eficaces en orden a minimizar su impacto y, en el peor de los escenarios, reclamar de esa misma forma eficiente la correspondiente responsabilidad. Ambas vertientes desde sus propios instrumentos jurídicos; por ejemplo y en el ámbito de las normas jurídico-civiles los instrumentos preventivos los podríamos residenciar en el marco de las inmisiones¹⁷.

En la última Conferencia sobre el Cambio Climático de la ONU¹⁸, si bien no se alcanzaron cruciales acuerdos en orden a la reducción de las sustancias contaminantes, sí se llegó a un pacto para la creación de un fondo nutrido, según se afirma literalmente, con recursos financieros nuevos, adicionales, predecibles y adecuados. Su objetivo es resarcir por los daños ambientales a los países mayormente afectados, aquellos países y sus comunidades y ciudadanía actualmente más vulnerables. El acuerdo ha sido calificado como histórico, aunque de modo paralelo y pese a ser una medida oportuna de cara a la reparación de los daños ocasionados, al no haberse alcanzado acuerdo para abordar el problema en su origen, en la fuente del daño mismo, no parece deseable que los esfuerzos se detengan ahí a modo de parche o solución menos gravosa para el desarrollo económico.

¹⁵Jordá Capitán (2001: 427).

¹⁶ Pantaleón Prieto (2001:193) reconoce el efecto preventivo “de hecho” ya que “aquél a cuyo cargo nace la obligación de indemnizar el daño puede sentirse tan “castigado” como aquél a quien se impone una multa o una pena privada; y la “amenaza” de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de los sujetos, induciéndoles a actuar de forma cuidadosa; pero la función normativa de la responsabilidad en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria.

¹⁷ Jordá Capitán (2001.a: 185-285). (2001.b:875-895).

¹⁸ COP27, Sharm El Sheij, Egipto, 6-18 noviembre 2022: <https://unfccc.int/es/cop27> (15/03/2023).

Respecto a ese fondo ¿nos conformaremos con que determinadas empresas contribuyan al mismo, ya *ab initio*, asumiendo que van a causar daños? Se podrá pensar que el recurso a este Fondo, junto a los sistemas de responsabilidad civil, conformará un conjunto de medidas con los que, incluso desde un punto de vista disuasorio, hacer frente a los daños ambientales. Pero ¿se ha articulado una auténtica responsabilidad civil por daños causados a los elementos ambientales? La respuesta es que, hasta el momento de publicar este trabajo, no. Aunque podríamos ser optimistas si nos fijamos en recientes iniciativas europeas como la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas, lo cierto es que, como seguidamente expondré las últimas modificaciones del texto no parece que nos permitan seguir manteniendo dicha actitud.

En materia de responsabilidad por daños ambientales es de sobra conocida la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales¹⁹ (en adelante, DRA). Su objeto es establecer un marco de responsabilidad medioambiental, basado en el principio de «quien contamina paga», para la prevención y la reparación de los daños medioambientales (art.1). Combina dos tipos de regímenes de responsabilidad, objetiva o subjetiva en función de la mayor o menor peligrosidad de la actividad de la que puede derivar el daño. Pero se inclina por un sistema administrativo para el tratamiento de los daños ambientales toda vez que como se dispone expresamente “no es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales” (Cdo.13). Es decir que como el instrumento de la responsabilidad civil presenta determinados aspectos que pudieran resultar, vamos a decir, problemáticos o, en mejor modo, necesitados de una readaptación si partimos de su clásica versión, se ha preferido optar por un sistema de denuncias ante la autoridad administrativa competente y su correspondiente elenco de multas y sanciones. Sin embargo, la DRA dejaba en manos de los Estados miembros cuestiones como la imputación de los costes en los supuestos de pluralidad de sujetos responsables

¹⁹ DOUE L 143/56. Sobre la DRA pueden consultarse, entre otros, el trabajo de Álvarez Lata (2004: 1-12).

del daño; problema siempre presente, con independencia del sistema de responsabilidad, ya sea civil o administrativo.

Bien es verdad que los daños habrá que repararlos, como no puede ser de otro modo. Pero la DRA no comprende la responsabilidad por los daños denominados como tradicionales, es decir los daños causados a la persona o bienes, que en el caso de haberse ocasionado se sustanciarán a través de la legislación civil correspondiente en el seno de cada Estado miembro.

Los daños que quedan afectados por esta Directiva son los daños causados a alguno de los elementos ambientales, es decir, aguas, suelo, especies y hábitats naturales protegidos. No es el momento de comentar esta norma, pero en relación con la producción de los posibles daños hay que resaltar que está cargada de importantes dosis de optimismo en la medida en que dispone, por ejemplo, que “Cuando se hayan producido daños medioambientales, el operador *informará sin demora a la autoridad* competente de todos los aspectos pertinentes de la situación” debiendo además, adoptar una serie de medidas tendentes, de manera inmediata, a “controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios” y, por supuesto, las medidas reparadoras necesarias (art. 6.1. a) y b)). Por su parte ¿Qué pueden hacer las personas ante una agresión ambiental? A tenor de lo dispuesto en la DRA una persona física o jurídica que se vea o pueda verse afectada por un daño medioambiental, o bien tenga un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter medioambiental relativas al daño o alegue la vulneración de un derecho, si así lo exige como requisito previo la legislación de procedimiento administrativo del Estado miembro de que se trate, “podrá presentar a la autoridad competente observaciones en relación con los casos de daño medioambiental o de amenaza inminente de tal daño que obren en su conocimiento, y podrá solicitar a la autoridad competente que actúe en virtud de la presente Directiva” (art.12.1).

En el ordenamiento jurídico español los contenidos de la DRA se plasmaron en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Ambiental²⁰ (en adelante, LRA) que establece un procedimiento administrativo de responsabilidad objetiva (*vid.* art. 19 y 41 y ss.)²¹. Comienza su articulado disponiendo que su objeto es regular la responsabilidad

²⁰ <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/10/23/26> (14/03/2023).

²¹ *Vid.*, entre otros, los estudios de Álvarez Lata (2004: 1-12), (2011:1-24), (2014:1099-1196).

de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución y con los principios de prevención y de que «quien contamina paga» (art.1) recogiendo ese mismo concepto de daño ambiental ecológico puro (art.2). De manera explícita el legislador español se aparta del instrumento de la responsabilidad civil menospreciando su eventual función cuando de daños ambientales se trata. Y es que declara en su Preámbulo que se articula por la Ley un régimen administrativo “en la medida en la que instituye todo un conjunto de potestades administrativas con cuyo ejercicio la Administración pública debe garantizar el cumplimiento de la ley y la aplicación del régimen de responsabilidad que incorpora. Se separa, pues, de la responsabilidad civil clásica en la que los conflictos entre el causante del daño y el perjudicado se dirimen en sede judicial”. ¿Y cuál es o sería el problema de dirimir la responsabilidad en sede judicial y con todas las garantías? ¿Por qué es preferible ventilar los posibles supuestos de daños ambientales en el marco de la actividad sancionadora y reparadora de la Administración? Las reticencias al establecimiento de un sistema de responsabilidad civil en este sector ¿tiene que ver realmente con dificultades técnicas de articulación respecto a este tipo de daños y sus particularidades? Lo cierto es que los problemas planteados derivan, fundamentalmente, del bien dañado y sus particulares características; no por el sistema de reparación elegido, ni una vez elegido, por el carácter objetivo o subjetivo con que decida configurarse en función de los criterios de imputación.

En relación con los daños ambientales una identificación de la responsabilidad civil con intereses exclusivamente individuales y correlativo enriquecimiento o incremento patrimonial personal es, desde mi punto de vista, absolutamente parcial y decimonónica. Tal identificación llevaría a su inadmisibilidad en relación a estos daños debido al carácter o la naturaleza social y general de los bienes ambientales. Un bien o unos bienes de los que participa toda la comunidad social satisfaciendo sus necesidades e intereses y cuya lesión no podría ser la causa de un enriquecimiento patrimonial personal. Esta visión, muy limitada de la responsabilidad civil no obedece a la realidad social en que las normas de responsabilidad civil deben ser aplicadas y servir de manera adecuada al interés en cuestión que debe ser protegido (*vid.* art. 3.1 Código Civil, en adelante, CC). Pero ¿cuál es, precisamente, el interés protegido? Podrá afirmarse que la protección de la calidad de los elementos ambientales, pero también puede sostenerse que es el interés de la persona a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art.45 de la

Constitución Española, en adelante, CE) y lo cierto es que amparando jurídicamente este interés se está dispensando protección, igualmente, a los elementos ambientales. En este último orden de cosas en su día se argumentó que, a través de la protección de la persona en primer lugar y en concreto a través de la responsabilidad civil, no estaríamos hablando propiamente de la protección del medio ambiente en sentido estricto. Es decir, pasando primero y de modo directo por la protección de la persona, solo de manera indirecta se estaría llevando a cabo una protección ambiental²². En realidad, considero irrelevante la referencia a una protección o defensa directa o indirecta de las condiciones ambientales en función de las normas jurídicas aplicables. El interés es el mismo y el ordenamiento jurídico en su conjunto debe tender a lograrlo, ya sea a través de las normas de Derecho público o de Derecho privado, a través de los instrumentos jurídicos propios de cada disciplina. Cada una de ellas cuenta con recursos suficientes para actuar en sinergia y a disposición siempre de la calidad de los elementos ambientales, la comunidad y el interés social digno de tutela. No se trata de dirimir quién protege mejor. Debe ser una labor conjunta.

La vigente LRA en España se refiere a los *[d]años a particulares*, o tradicionales²³, en su artículo 5. Dispone el precepto lo siguiente. Según su apartado 1º “Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación”. Los eventuales *particulares* perjudicados no podrán solicitar reparación ni indemnización por los daños ambientales que se les hayan causado “en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que

²² Pueden consultarse respecto de esta línea de argumentación las obras de Auger Liñán (1988:112); Sánchez-Friera González (1994: 231); Bellver Capella (1994: 186-187); Egea Fernández (1995: 66); Llodrà Grimalt (2015:155/162). Algunas opiniones como la de Ruda González (2008:50), que en algún momento se han referido a esta cuestión, han considerado que incluso si se elevase a la categoría de derecho subjetivo, en concreto como un derecho de la personalidad el derecho recogido en el art.45 CE, tampoco se traduciría en una defensa directa de la naturaleza, sino “mediante un «rodeo conceptual», mediante la protección de los individuos”. Personalmente no lo comparto y en su momento propuse una posible configuración del derecho del art.45 CE como un derecho de la personalidad exponiendo su efectiva repercusión: *vid.* Jordá Capitán (2001: 341-417).

²³ O *daños típicos* en palabras de Llodrà Grimalt (2015:162).

proceda” (art.5.2). Y por si quedaba alguna duda acaba disponiendo que en ningún caso las reclamaciones realizadas por los particulares perjudicados en cualquier proceso o procedimiento, pongamos por caso un procedimiento de responsabilidad civil, servirá para exonerar al operador responsable del daño de la adopción de las medidas de prevención o reparación derivadas de la LRA ni impedirán las actuaciones administrativas encaminadas a ello (art.5.3). Habría diversas cuestiones dignas de un detenido tratamiento pero que exceden los propósitos de este trabajo. Con todo, la intervención de la jurisdicción civil no se descarta ya que en este caso en la demanda que tendrá por objeto la reparación de los daños a la persona y/o sus bienes el juez podrá decretar la reparación del daño ambiental que en ejecución de sentencia deberá llevarse a cabo conforme a lo dispuesto en el Anexo II de la LRA²⁴.

En el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental del año 2000 la Comisión se propuso evaluar diferentes opciones de actuación en el ámbito de la responsabilidad ambiental. Según se expone en el propio documento la razón en aquel momento era clara, ya que los principios ambientales que presidían la actuación comunitaria en este sector no estaban siendo aplicados de manera óptima en el conjunto de la UE. Se dijo entonces que en las diversas legislaciones de los Estados miembros reinaba la heterogeneidad legislativa y se advertía que, si bien en unos casos se había optado por un sistema de responsabilidad administrativa y en otros casos se sustanciaban los daños ambientales a través de la responsabilidad civil, fundamentalmente se había recurrido a una combinación de ambos. El documento apuesta por un sistema de responsabilidad por daños ambientales para toda la UE cuya finalidad, en aplicación del ya muy conocido principio «quien contamina, paga», sea obligar al causante del daño al medio ambiente (el contaminador) a pagar la reparación de tales daños. Ya entonces se manifestó de modo expreso que la ausencia de un sistema de responsabilidad podría traer como consecuencia la aplicación de meras sanciones administrativas, razón, entre otras, para impulsar el establecimiento de un sistema de responsabilidad. Es aquí donde, además, se quiso

²⁴ Donde se recogen lo que se califican como medidas primarias, por las que hay que entender toda medida correctora que restituya los recursos afectados, en lo posible, al estado anterior al daño; unas medidas complementarias, en el caso de que las anteriores no hayan servido para alcanzar la plena restitución de los recursos dañados; y unas medidas compensatorias, cuya finalidad es, precisamente eso, compensar pero no en un sentido económico, sino que su finalidad es proporcionar mejoras adicionales a las especies silvestres y a los hábitats o las aguas, ya sea en el lugar dañado o en un lugar alternativo. Y en la Disposición Adicional novena es donde se dispone que “Las normas del anexo II o las dispuestas con carácter complementario por la normativa autonómica con el mismo objetivo se aplicarán en la determinación de la obligación de reparación de daños medioambientales, con independencia de que tal obligación se exija en un proceso judicial civil, penal o contencioso-administrativo o en un procedimiento administrativo”.

destacar la función preventiva que un sistema de responsabilidad podría desempeñar. Y en la línea que ya conocemos se consideró que si los sujetos responsables del daño se veían obligados a sufragar sus costes reducirían sus niveles de contaminación “hasta el punto de que el coste marginal de la descontaminación resulte inferior al importe de la indemnización que habrían tenido que abonar”²⁵. Se pensaba que se estaría así facilitando a la empresa la adopción de mayores precauciones a través de la prevención tanto de los posibles riesgos como de los efectivos daños; se estaría encauzando la internalización de los costes ambientales y fomentando el desarrollo de inversiones en el sector de la investigación que contribuirán a impulsar las tecnologías disponibles y aplicables a la preservación de la biodiversidad. En definitiva, un incentivo para que las empresas asumiesen un comportamiento más responsable y comprometido con la sostenibilidad.

Cuando el Libro Blanco se ocupa de los daños que deberían quedar incluidos en el régimen de responsabilidad que entonces se comenzaba a diseñar, incluye en la categoría de los daños ambientales dos tipos. Por un lado, los daños causados a la biodiversidad y por otro lado la contaminación de lugares. Pero seguidamente considera que son numerosos los supuestos en los que un mismo hecho lesivo puede suponer, además del daño ambiental, también daños a las personas y los bienes, razón por la que considera que junto a los dos anteriores citados hay que seguir manteniendo los denominados como daños tradicionales. De hecho, lo que dice literalmente es que “por razones de coherencia es importante abarcar también los daños tradicionales, como los daños a la salud y los daños materiales, cuando sean causados por una actividad definida como peligrosa”²⁶. Y es que es fácil apreciar la estrecha relación entre esos daños tradicionales -a la salud e integridad de las personas, al propio derecho recogido en el art.45 CE)- y la protección ambiental. La Comisión apuntaba que si no se incluían en el futuro régimen de responsabilidad los daños tradicionales se podría llegar a resultados injustos como que se pagaran menos indemnizaciones, o ninguna, por los daños a la salud que por los daños causados al medio ambiente a resultas de un mismo incidente. En los daños tradicionales quedan comprendidos los daños a las personas y los daños materiales, incluidas las pérdidas económicas²⁷. Y sin que se hablase entonces de la introducción en este caso del concepto de *daño significativo* se dejaba en manos de los Estados miembros su concepto. En cuanto al sistema de responsabilidad proponía el Libro Blanco la

²⁵ Bruselas, 9/02/2000. COM (2000) 66 final:12.

²⁶ Bruselas, 9/02/2000. COM (2000) 66 final:16.

²⁷ Bruselas, 9/02/2000. COM (2000) 66 final: 16.

configuración de dos regímenes. Un régimen de responsabilidad objetiva para los daños derivados de actividades peligrosas o potencialmente peligrosas reguladas por la legislación ambiental comunitaria; y un régimen de responsabilidad basada en la culpa para los daños derivados de actividades no peligrosas. Admite que aunque este segundo sistema de responsabilidad se presenta como más eficaz desde el punto de vista económico, “en la medida en que los incentivos a los costes de descontaminación no superan los beneficios de la reducción de las emisiones”, sin embargo, en materia de daños ambientales parece preferible un sistema de responsabilidad objetiva debido, entre otras cosas, a la “gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental. Otro motivo es el planteamiento según el cual la asunción del riesgo por posibles daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa no corresponde a la víctima ni al conjunto de la sociedad, sino a los responsables de la misma”²⁸. Lo cierto es que ambos sistemas presentan dificultades porque no se puede hablar, como en otros órdenes, de sistemas perfectos o infalibles. En ambos casos es necesario introducir elementos correctores de las posibles asimetrías que puedan, o bien colocar en situación de indefensión o desprotección a la víctima del daño o bien resultar desventajoso para el desarrollo económico y tecnológico. Pero admitiendo la incorporación de dichos elementos, sí es deseable que los mismos no acaben, no sólo por no cumplir con esa finalidad correctora que se pretendía, sino que determinen, entre otras cuestiones, la aparición de nuevos problemas, sobre todo, en materia de seguridad jurídica.

En España existió en 1999 un Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental²⁹. La iniciativa estuvo paralizada en tanto en cuanto se llevaban a cabo los trabajos de elaboración de la Directiva sobre responsabilidad ambiental propuesta en el Libro Blanco, pero nunca llegaría a pasar de esa fase legislativa. El Anteproyecto establecía un régimen de responsabilidad objetiva y solidaria (art.3) y legitimaba activamente para solicitar la reparación de los daños causados a los particulares o a los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas, a los perjudicados. Mientras que para solicitar la reparación del deterioro del medio

²⁸ Bruselas, 9/02/2000. COM (2000) 66 final:18.

²⁹ Texto del Anteproyecto disponible en la sección de Archivos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (<https://www.mapa.gob.es/es/ministerio/archivos-biblioteca-mediateca>) y el dictamen del Consejo Económico y Social (CES) en <https://www.ces.es/ca/-/dictamen-6-99-sobre-el-anteproyecto-de-ley-de-responsabilidad-civil-derivada-de-actividades-con-incidencia-ambiental->. (14/03/2023).

ambiente, concedía legitimación a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que entre sus fines tuviera la protección del medio ambiente en general o de alguno de sus elementos (art.5). Es posible arbitrar un sistema de responsabilidad civil salvaguardando la integridad social de los intereses ambientales, que no supone, considero, obstáculo para ello. Porque como muy acertadamente se ha puesto de manifiesto, parece que los posibles problemas de articulación u ordenación de la responsabilidad civil no obedecen sino a una cuestión técnica, de oportunidad política³⁰, de oportunidad también económica, no al propio instrumento de la responsabilidad civil.

La DRA se encuentra actualmente en revisión. En el Informe de 2020 del Parlamento Europeo sobre la responsabilidad de las empresas por los daños ambientales³¹ se exponen las razones indicando que aunque algunos Estados miembros tienen previsto en sus legislaciones instrumentos de garantía financieros, sin embargo, la mayor parte de los Estados no lo tienen; que la insolvencia de los operadores como consecuencia de accidentes importantes sigue siendo un problema; o que en algunos casos los miembros de los consejos de administración de las empresas, aun siendo conocedores de la existencia de actividades de alto riesgo para el medio ambiente, priorizan los beneficios sobre las conductas responsables. Y destaca algo que desde mi punto de vista no debe pasarse por alto, “la necesidad de recoger datos fiables sobre los incidentes medioambientales que dan lugar a la aplicación de la DRA u otros instrumentos administrativos, civiles o penales, para determinar si una combinación de diversos instrumentos jurídicos es la adecuada para responder frente a los daños al medio ambiente o si siguen existiendo lagunas que deban colmarse”. Al respecto el Informe recomienda la revisión de la propia Directiva con la finalidad, entre otras cuestiones, de armonizarla con la legislación sobre responsabilidad civil de los consejos de administración que mediante la adopción de decisiones irresponsables acaban provocando daños medioambientales o que, pese a ser sabedores de actividades contaminantes concebidas para maximizar los beneficios de la empresa y las bonificaciones de sus miembros, no hacen nada por evitarlas³².

Habrá que ver las modificaciones que finalmente se llevan a cabo y si se introducen novedades importantes, o alguna modificación en particular en materia de

³⁰ De Ángel Yágüez (1995:30).

³¹ P9_TA (2021) 0259.

³²Parlamento Europeo. Comisión de Asuntos Jurídicos, 30/11/2020. 2020/2027 (INI). PR/1219489ES.docx: 6 y ss.

responsabilidad civil, en la DRA. Teniendo en cuenta el estado legislativo actual en nuestro ordenamiento jurídico y partiendo del reconocimiento en el artículo 45.1 CE del derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona -en su calidad de principio rector de la política social y económica- y lo establecido, a su vez, en el artículo 53.3 CE, existe una suerte de sistema combinado de responsabilidad para hacer frente a los daños ambientales. Ello es así en la medida en que el reconocimiento, respeto y protección de aquel derecho debe informar la práctica judicial, en este caso en el ámbito de la jurisdicción civil y las reparaciones sustanciadas ante ella de los daños tradicionales derivados de una agresión ambiental; en la medida, por lo tanto, en que una agresión ambiental puede ocasionar daños a las personas y/o sus bienes. Así, y en un contexto exclusivamente de responsabilidad, contamos con la cláusula general de responsabilidad del artículo 1902 CC, o algunos de los específicos supuestos recogidos en el artículo 1908 CC en sus apartados 1º, 2º y 4º. La implicación ambiental de estas normas de Derecho Civil (y de otras como puedan ser los artículos 7.2 o 590, entre otros, también del CC) es evidente. Pero parece que con lo dispuesto en la LRA el legislador no quiere que los daños ambientales puedan suponer una fuente de incremento patrimonial para los particulares o quizás lo que se pretenda sea residenciar exclusivamente en el ámbito estatal los procedimientos de reparación de los daños ambientales. Quizás todo sea una cuestión de perspectiva. Porque la intervención de los particulares puede ser contemplada desde una óptica ambiental; al propietario de una finca afectada en su suelo o aguas por una agresión ambiental le va a interesar su reparación, desde un punto de vista particular en atención a la reparación del daño o la compensación procedente, pero ¿debemos suponer que no le interesa el restablecimiento de su valor ambiental? ¿sólo le interesa a la administración pública, al Estado? ¿ofrece en cualquier caso mayores garantías una exclusiva intervención estatal en la reparación? Para cierto sector, denominado como tradicional, opinión que no comparto, es precisamente ahí donde debe quedar residenciada la restauración de los daños ambientales tratándose como se trata de una función administrativa³³.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL MARCO DE LA DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

³³ Llodrà Grimalt (2015:162). En contra de esta opinión Jordá Capitán (2001:128-134 y 145-171); (2013:124-125).

La propuesta de Directiva sobre Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad³⁴ (DDES) ha incluido un régimen de responsabilidad civil aplicable a los supuestos de incumplimiento de la diligencia debida³⁵. Partiendo de la función o funciones que puede desempeñar la responsabilidad civil, y siempre en el marco de la transición ecológica, vamos a tratar de comprobar si nos encontramos ante una iniciativa más efectista que eficaz respecto de la garantía de resarcimiento de la víctima del daño.

Tal y como ha manifestado la UE a través de diversas declaraciones institucionales hay que poner al servicio de la sostenibilidad y del cambio climático en su más amplia comprensión los procesos de producción, de distribución y finalmente de consumo. Concretamente, se dijo que “La lucha contra la pobreza, la exclusión social, las desigualdades y las disparidades de género debe intensificarse para garantizar la prosperidad y el bienestar para todos, asegurar la estabilidad política y social, y mantener el apoyo al proyecto europeo”³⁶.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos redactada en 1948³⁷ conecta de forma directa con la sostenibilidad y, lógicamente, con el fundamento de la Directiva DDES. Como se sabe la primera declara que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art.1) y son titulares desde ese momento de los derechos recogidos en la propia Declaración, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía” (art.2). Y en esta línea en la Exposición de Motivos de la DDES se declara que la transición hacia la sostenibilidad pasa necesariamente por eliminar, mitigar o en último caso, reparar, los posibles efectos adversos que la actividad de las empresas tenga sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

³⁴ Bruselas, 23/02/2022. COM (2022) 71 final.

³⁵ Régimen de responsabilidad que, tal y como se declara expresamente, debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en la DRA y no debe impedir a los Estados miembros imponer obligaciones adicionales y más estrictas a las empresas o adoptar otras medidas que persigan los mismos objetivos que la DRA (Cdo.62).

³⁶ *El desempeño de la UE en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*, <https://ec.europa.eu/info> (14/03/2023).

³⁷ <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (14/03/2023).

La preocupación por esos posibles efectos adversos que la actividad empresarial pueda tener sobre los derechos humanos no es una cuestión nueva. En los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* publicados en 2011³⁸, se aborda de forma expresa, tanto desde una vertiente preventiva como reparadora, la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetarlos y el acceso, llegado el caso, a los respectivos mecanismos de reparación. Cuando se trata el bloque relativo a la responsabilidad de las empresas en los casos de violación de los derechos humanos, nos encontramos con una forma ya clásica de abordar la responsabilidad. Los diferentes textos se centran en una sucesión de declaraciones afirmando que “La responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen”, entendiéndola como “una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos” (Principio 11). Para asumir las posibles consecuencias negativas y hacerles frente deben adoptarse las medidas adecuadas “para prevenirlas”. Esa *responsabilidad* como norma de conducta exige a las empresas la asunción de principios informadores clásicos; así, evitar que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; o tratar de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos (Principio 12).

Cuando se refiere a la reparación es en el Principio 22 declarando que “Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos”. Se asume la realidad que representa la existencia del propio daño admitiendo que por mucho que pueda haberse respetado esa norma de conducta, “aún con las mejores políticas y prácticas”, se dice literalmente, las empresas pueden haber ocasionado daños a los derechos humanos. En realidad, evita emplear la palabra daño y se refiere de modo genérico a consecuencias negativas sobre los derechos humanos que no se haya sabido prever o evitar. Y, por su parte, en el Principio 25 recoge la obligación que pesa sobre los

³⁸https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf (14/03/2023).

Estados de adoptar medidas judiciales, administrativas y legislativas que garanticen a los eventuales afectados el acceso a mecanismos de reparación eficaces.

El importante papel que las empresas desempeñan en la preservación ambiental ha sido ampliamente reconocido por la ONU desde hace tiempo. Tampoco es esta una cuestión novedosa. En los Diez Principios del Pacto Mundial de la ONU³⁹ formulados para ser incorporados por las empresas en sus respectivas estrategias se recogen también, entre otros, el apoyo y respeto a los derechos humanos y en materia ambiental la obligación de las empresas de mantener un enfoque preventivo que favorezca el medioambiente, de fomentar iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental, parece que desde esa consideración de la responsabilidad como una norma de conducta, y así mismo la obligación de favorecer el desarrollo y la difusión de tecnologías respetuosas con el medio ambiente (Principios nº. 1, 7, 8 y 9 respectivamente).

Con el objetivo de luchar contra esos impactos o efectos adversos en los derechos humanos y al medio ambiente y como parte de un gran conjunto de medidas, ve la luz la propuesta de DDES. Pero ¿Qué es la diligencia debida a estos efectos? Cuando nos referimos a un comportamiento bajo los parámetros de la diligencia debida, nos estamos refiriendo “al conjunto de precauciones que la Ley o el buen sentido aconsejan adoptar en el desarrollo de una actividad para evitar daños previsibles”; o de modo particular al “nivel de cuidado objetivo que, atendidas todas las circunstancias del caso, un Estado tiene el deber de desplegar en su territorio o bajo su jurisdicción y control a fin de salvaguardar un bien o interés protegido por una obligación internacional frente a conductas que puedan llevar a cabo particulares, ya sea previniendo su lesión o persiguiendo a los autores de la misma”⁴⁰. En el contexto de la propuesta de Directiva y en una inicial aproximación, la diligencia debida es entendida como una obligación de conducta que deberá quedar integrada en las políticas empresariales para poder identificar, prevenir, mitigar y eliminar los efectos adversos, tanto potenciales como reales, o estar en disposición de minimizar su alcance (*vid.* art.4, art. 4.*bis*, y art. 5).

Según dispone la normativa propuesta los ODS incluyen el objetivo de promover un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, siendo fundamental la contribución del sector privado en orden a su consecución. Se pretende con esta iniciativa,

³⁹ <https://www.pactomundial.org/> (14/03/2023).

⁴⁰ *Vid.* <https://dpej.rae.es/lema/diligencia-debida> (14/03/2023).

a través de la creación de un marco horizontal, promover el respeto a los derechos humanos y la protección del medio ambiente creando una igualdad de condiciones para las empresas dentro de la UE y evitar de esta forma la fragmentación derivada de la actuación de los Estados miembros de manera individual o por sí solos. Igualmente van a quedar incluidas las empresas de terceros países que operan en el mercado de la UE. Y de forma particular se pretende también aumentar la responsabilidad de las empresas por los efectos adversos ocasionados a los derechos humanos o el medio ambiente mejorando el acceso a las vías de recurso para las personas que pudieran resultar afectadas. Para alcanzar los objetivos se establece un conjunto de normas sobre las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, para los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias operaciones, de las operaciones de sus filiales y de las operaciones efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas; la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de esas obligaciones; y la obligación de adoptar un plan para garantizar la compatibilidad del modelo de negocio y de la estrategia de la empresa con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C (art.1.1).

La Directiva contextualiza inicialmente la responsabilidad civil declarando que sólo se refiere a las relaciones comerciales establecidas que una empresa espera que sean duraderas y que no representan una parte accesorio de la cadena de valor de la propia empresa. Uno de los tradicionales temores cuando se trata de poner en manos de las personas acciones judiciales en materia de responsabilidad es una eventual proliferación de litigios. Es uno de los inconvenientes que aprecian habitualmente desde el sector empresarial y para evitar tal contingencia la propuesta introduce una serie de medidas que, de prosperar la redacción, habrá que observar con detenimiento dado que puede acabar provocando otras tantas asimetrías en las posiciones de víctima y causante del daño, muy probablemente en detrimento de la primera. Dispone que al evaluar tanto la existencia como el alcance de la responsabilidad se deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los *esfuerzos de la empresa* por cumplir las medidas correctivas exigidas por la autoridad de control establecida, las inversiones que haya realizado y *cualquier apoyo y colaboraciones* con otras entidades que de modo específico haya prestado con la finalidad de hacer frente a los efectos adversos en su cadena de valor. También esto ya nos puede servir de orientación porque en el texto de la propuesta inicialmente presentado en febrero de 2022 no se iba mucho más allá a la hora de esbozar ese futuro régimen de

responsabilidad civil. En aquella primera redacción la preocupación por las eventuales víctimas se reflejaba en menciones concretas en sus Considerandos, pero en el artículo que luego dedicaba a la responsabilidad civil la atención se centró, sobre todo, en los supuestos en los que podría exonerarse de responsabilidad, para evitar una proliferación de acciones judiciales de responsabilidad civil contra las empresas. Como digo esta cuestión siempre ha preocupado a la UE, tampoco es nueva y es lo que principalmente ha supuesto -y creo que supondrá- un freno importante en la configuración de un eficaz sistema de responsabilidad civil. Este temor traducido en inconveniente u obstáculo, ha tenido diversas manifestaciones a lo largo de las vicisitudes jurídicas por las que ha ido pasando la cuestión ambiental. Por ejemplo, cuando trató de incorporarse el derecho al medio ambiente como un derecho humano al Convenio Europeo de Derechos Humanos a comienzos de la década de los 70 del siglo XX. Los Estados que se mostraron en contra de dicha incorporación basaron su argumento en las imprevisibles consecuencias económicas que llevaría aparejada la posibilidad de que las personas pudieran interponer acciones judiciales. Y sirvan aquí las consideraciones que al respecto se realizaron en la doctrina italiana contrargumentando que desde un punto de vista absolutamente práctico, el inicio y admisión a trámite y por lo tanto la puesta en marcha del engranaje judicial está supeditado al cumplimiento de una serie de requisitos y desembolsos económicos, por lo que, también puede augurarse con la misma rotundidad, que precisamente por eso no sean tantas las reclamaciones judiciales que lleven al colapso; es conveniente poder verificar el fenómeno en concreto y en la práctica antes de aventurar a criticarlo en abstracto⁴¹.

Es lo que no decía el texto inicial, o sobre lo que no se pronunciaba, lo que llevaría a pensar que dejar en manos de los Estados miembros la configuración del régimen de responsabilidad no auguraba homogeneidad, ni un adecuado acceso judicial de las víctimas de esas consecuencias negativas en que consisten los posibles efectos adversos, si esa fuera la intención, claro está. De todos modos, las modificaciones que se han ido introduciendo al texto inicial quizás puedan servir para despejar algunas dudas respecto del papel que realmente se quiere que desempeñe la responsabilidad civil en particular en el marco de esta propuesta, pero, quizás, extrapolable desde una visión más general, al que se le quiere adjudicar en el marco de esa transición ecológica.

⁴¹ Postiglione (1991:127).

El artículo 22, y por lo que respecta a su conexión con las eventuales lesiones de los derechos recogidos en su Anexo, ha recibido en las modificaciones realizadas en el mes de noviembre de 2022, una relevante atención⁴². Por lo que respecta a la responsabilidad civil las modificaciones introducidas en el artículo 22, titulado ahora según el texto transaccional *Responsabilidad civil de las empresas y derecho a una indemnización íntegra* -en la redacción inicial su título era, simplemente, *Responsabilidad Civil*- se han fundamentado en la necesidad de alcanzar claridad jurídica, seguridad para las empresas y en tratar de evitar interferencias no justificadas con los sistemas normativos de responsabilidad civil de los Estados miembros. Nos vamos a detener sólo en algunas de las cuestiones relevantes pero las razones aducidas son suficientemente elocuentes.

Se dispone que una empresa podrá ser considerada responsable de los daños causados a una persona física o jurídica, siempre que: a) la empresa haya incumplido, de forma deliberada o por negligencia, las obligaciones establecidas en los artículos 7 y 8⁴³, cuando el derecho, la prohibición o la obligación enumerados en el anexo I tengan por objeto proteger a la persona física o jurídica y, b) que como consecuencia de dicho incumplimiento, se haya causado un daño al interés jurídico de la persona física o jurídica protegido por el Derecho nacional -muerte, lesiones físicas o psicológicas, privación de libertad personal, la pérdida de dignidad humana o los daños causados a los bienes de las personas-. Se dice tras esta modificación que una empresa no podrá ser considerada responsable cuando el daño haya sido causado únicamente por sus socios comerciales en su cadena de actividades.

El daño derivado del hecho de que la empresa no haya cumplido la obligación de abordar los efectos adversos debe entenderse solo en el sentido de daños directos, no quedando amparados lo que denomina como indirectos, es decir, aquellos otros que como consecuencia del directo o principal puedan aparecer o sufrir otras personas que no son las víctimas y que, por lo tanto, no van a estar protegidas por los derechos, prohibiciones u obligaciones enumerados en el anexo I⁴⁴.

⁴² Bruselas, 30 de noviembre de 2022. 15024/1/22.

⁴³ Obligaciones referidas a la prevención de los efectos adversos para el medio ambiente (Anexo I, Parte II) o los derechos humanos [recogidos en Anexo I, Parte I y art. 3.b) y c)] potenciales y la eliminación de los reales.

⁴⁴ Como ejemplo cita el del empleado que hubiera sufrido un daño debido a un incumplimiento por parte de la empresa de las normas de seguridad en el lugar de trabajo, y que como consecuencia haya visto reducidos sus ingresos y ello le haya llevado a no poder hacer frente al pago de su alquiler; bien, pues

Ahora y a diferencia de la redacción primera sí se mencionan criterios de imputación como la necesidad de concurrencia de negligencia o culpa por parte de la empresa en el incumplimiento de las obligaciones de los artículos 7 y 8; o la concurrencia de un incumplimiento deliberado sabiendo que del mismo puede derivarse un daño, es decir, mediando dolo. Pueden traerse hasta aquí algunas reflexiones de interés que realizó nuestra doctrina respecto de la culpa y su “confuso papel como fundamento del deber de responder o indemnizar” que sirvió, junto a otros aspectos, para sostener la que en su momento se denominó como la crisis de la responsabilidad civil⁴⁵. Pero en este caso ¿cuáles pueden ser las razones por las que el legislador se haya decantado por la culpa o el dolo en el incumplimiento de la diligencia debida como circunstancias determinantes del nacimiento del deber de reparar el daño? Para que nazca la obligación de responder es preciso la producción de un daño (efecto adverso) pero éste debe derivar de un incumplimiento de la norma bien por negligencia (culpa) o de manera deliberada (dolo). Puede que la empresa demuestre que las ha cumplido, pero aun así se ha producido un daño; puede que la empresa demuestre que adoptó las medidas preventivas o mitigadoras exigidas, que eran las adecuadas y aun con ello tengamos que hacer frente a la realidad de un efecto adverso o no se haya conseguido mitigarlo. Hace ya más de 50 años nuestro Tribunal Supremo⁴⁶ utilizó un contundente argumento para justificar el amparo en la jurisdicción civil -con preferencia a la contencioso administrativa- a las víctimas de daños derivados del desarrollo de actividades empresariales contaminantes que funcionaban con el beneplácito administrativo estatal, con la correspondiente licencia: si pese al cumplimiento del pliego de condiciones correspondiente con finalidad preventiva, tuvo lugar el daño ello viene a demostrar que, con todo, parece que algo faltó por prevenir. Las normas a cuyo incumplimiento se refiere la propuesta de Directiva tienen que ver, en primer término, con la adopción de medidas adecuadas para evitar los efectos adversos para las personas y el medio ambiente (art.7) y la adopción de las medidas adecuadas para eliminar los efectos adversos reales que se hayan podido detectar o que deberían haberse detectado; en aquellos casos en los que no sea posible eliminarlos, las empresas vienen obligadas a minimizar su alcance (art.8.1 y 2). En segundo lugar, no siendo posible eliminarlos, la empresa deberá elaborar, consultando a las partes interesadas, y ejecutar

indirectamente el arrendador se verá afectado, pero no quedará amparado por lo dispuesto en esta Directiva en relación a la solicitud de una eventual indemnización.

⁴⁵ De Ángel Yágüez (1995: 29-30).

⁴⁶ STS de 30 de octubre de 1963 (RJA 1963, 4231).

sin demora un plan de acción correctiva (art.8.3. b) proporcionando una reparación a las personas y comunidades afectadas (art.8.3. g). Si del incumplimiento culposo o doloso de las reglas anteriores se derivara el correspondiente efecto adverso o daño para la persona o el medio ambiente, entonces es cuando surge la obligación de reparación en sede de responsabilidad civil.

En relación al comportamiento negligente, tal y como se desprende de lo visto en la propuesta se trataría de daños que evitables en tanto la norma fuese cumplida. Los daños causados serían precisamente los que trataban de evitarse con el cumplimiento de la norma, al menos eso es lo que ha pensado el legislador o donde hace descansar la efectividad de los deberes que integran el concepto en este caso de diligencia debida de las empresas; daños que la eventual víctima no tendría el deber de soportar⁴⁷.

En la elección de la culpa o negligencia como criterio de imputación en este caso subyace un motivo bien conocido; es un sistema que favorece el desarrollo de las actividades económicas de las empresas, o al menos, no supone un freno como sí ocurriría si se siguiesen criterios de imputación propios de los sistemas de responsabilidad objetiva o por riesgo. De hecho, en la primera y muy parca redacción del artículo 22 de la propuesta de Directiva, se guardaba silencio sobre este aspecto, con lo cual, hubiera quedado en manos de los legisladores nacionales el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetivo. Y no olvidemos otro de los objetivos de las políticas emprendidas en el marco de la Agenda 2030: la confianza que pretende generarse en la ciudadanía. Quizás convenga recordar en este punto las consideraciones realizadas por nuestra doctrina afirmando en relación a las paradojas apreciables respecto de la culpa, que “ese incesante ir «adelante y atrás», el designio de resarcir a cada día mayor número de eventuales perjudicados, y querer seguidamente ceñir el campo de los daños indemnizables, determina inevitable contraefecto de acción y reacción. Se requiere que la eficacia social de la responsabilidad civil se expanda y reafirme, mas no demasiado, que lo haga con pormenorizada medida; por lo cual, si en un sentido sugiere avances y adaptaciones sobre nuevas realidades, por otro envía contraseñas de freno y contención”⁴⁸. Porque criterio basilar en el marco de la Agenda 2030 y los ODS es la

⁴⁷ Álvarez Olalla (2022:145-146). Argumenta la autora citada que con un comportamiento desviado de la regla de conducta se ha creado un riesgo que no está permitido y que acaba materializándose en un daño; a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad objetiva, donde se responde por los daños derivados de riesgos -aun siendo inevitables e imprevisibles- permitidos en el desarrollo de determinadas actividades.

⁴⁸ López Jacoiste (1994:77).

protección de la persona y el medio ambiente y las conocidas declaraciones programáticas en las que se contiene abogan por que todas las medidas adoptadas vayan dirigidas a reforzar esa protección, pero al mismo tiempo, deben dejar avanzar el desarrollo económico y tecnológico. Pero como se ha apuntado anteriormente el mayor problema quizás no sea si el sistema de responsabilidad es objetivo o subjetivo.

Volviendo al texto de la propuesta el artículo 22.2 dispone que cuando la empresa haya sido considerada responsable pero siempre de conformidad con lo dispuesto y exigido en la Directiva, una persona física o jurídica tendrá derecho a una indemnización íntegra por los daños sufridos de conformidad con el Derecho nacional. Ante el temor de posibles indemnizaciones de carácter “desproporcionado” que pudieran afectar al propio desarrollo de la actividad, se dice expresamente que dicha indemnización íntegra no “conllevará una compensación excesiva, ya sea mediante sanciones punitivas, varias sanciones o sanciones de otro tipo”. Continúa el precepto estableciendo que la responsabilidad civil de las empresas por los daños ocasionados se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad civil de sus filiales o de cualquier socio comercial, directo o indirecto, en la cadena de actividades de la empresa. Y cuando los daños se hubieran causado de manera conjunta se responderá solidariamente sin perjuicio de las disposiciones del Derecho nacional relativas a las condiciones de la responsabilidad solidaria y a los derechos de repetición (art.22.3). Desde hace tiempo viene ya manifestándose que la adopción del criterio de la solidaridad presenta indudables ventajas en favor de la víctima frente a un sistema de responsabilidad mancomunada, donde la identificación del sujeto responsable resulta más dificultosa⁴⁹. Efectivamente, a la víctima puede resultarle difícil y costoso probar quién ha causado el efecto adverso y en este sentido el establecimiento de un sistema de responsabilidad con el carácter de solidaria le permitirá dirigirse judicialmente contra cualquiera de los responsables, por ejemplo, contra quien se encuentre en mejor disposición económica y asegurarse en mayor medida la obtención de la reparación del daño. Reparación que, no olvidemos, va a suponer un beneficio para la víctima del daño pero que, al mismo tiempo, sirve para colocarnos en el camino correcto en esa transición ecológica y la finalidad que trata de alcanzarse donde la persona y la idoneidad de los elementos ambientales constituyen el núcleo fundamental.

⁴⁹ Vid. Cabanillas Sánchez (1996: 257-258); Gomis Catalá (1998: 189-190); Llodrà Grimalt (2015: 160-161).

En la última de las redacciones hasta el momento de redactar estas líneas, en los Considerandos núms. 56 a 58 se nos advierte que las cuestiones relativas a la relación de causalidad en general no están reguladas por la presente Directiva, salvo una excepción, que “a las empresas no se les debe imputar responsabilidad si los daños y perjuicios son ocasionados únicamente por los socios comerciales de las cadenas de actividades de las sociedades (lo que se conoce como «que están directamente relacionadas»)”. No se pronuncia entonces sobre uno de los aspectos que en la práctica a las víctimas les pueda resultar más problemático. No establece, como sí ha hecho para otros supuestos, presunción alguna. Tampoco explica las razones para ello. Se deja en manos de los Derechos nacionales. Y también lo relativo a la carga de la prueba, quién debe probar, pongamos por caso, que la medida de la empresa era o no la adecuada para prevenir o eliminar el efecto adverso, eso en el caso de que haya sido adoptada. Lo mismo respecto a la legitimación activa, pudiendo entonces los Estados miembros decidir si lo estará la propia víctima o una persona jurídica en representación de ella. Se dispone que las víctimas deben tener derecho a la plena indemnización por los daños y perjuicios sufridos de conformidad con el Derecho nacional y en consonancia con dicho principio común. Debiendo “prohibirse la disuasión mediante daños y perjuicios (es decir, indemnizaciones punitivas) o cualquier otra forma de compensación excesiva” (Cdo. 56).

Sí menciona que no debe imputarse a la empresa la responsabilidad de aquellos daños que se habrían producido aun cuando la empresa hubiera tomado medidas de conformidad con la presente Directiva. Y dado que los efectos adversos deben priorizarse en función de su gravedad y probabilidad y ser abordados gradualmente, si no fuera posible el tratamiento al mismo tiempo de todos los efectos adversos identificados, no deberá imputarse a la empresa la responsabilidad de los daños derivados de efectos adversos “menos significativos” (Cdo.57); aunque del mismo modo declara que deberá estudiarse el proceso seguido por la empresa a la hora de valorar y adjudicar prioridades, con la intención, quizás, de que fuera en ese mismo proceso donde pudiera ser localizada la conducta que favoreció la producción del daño.

Con respecto a la primera redacción de la propuesta se han suprimido determinadas menciones contenidas en los Anexos que presentaban relevante interés desde mi punto de vista. Concretamente desaparece de la Parte I, titulada Derechos Humanos la mención anteriormente recogida a la posible violación de la prohibición de provocar cualquier degradación ambiental mensurable; se ha suprimido también la

referencia al posible perjuicio a la seguridad, el uso normal de los bienes o de la tierra o el ejercicio normal de la actividad económica de una persona y la que se refería a una posible violación que afectase a la integridad ecológica, como la desforestación. El Comité Económico y Social Europeo (en adelante, CESE) había manifestado⁵⁰ que la exigencia de responsabilidad tendría que basarse en la violación de un conjunto de derechos humanos *claramente definidos*. Y recuerda, en materia de responsabilidad civil, que los Principios Rectores 15 y 22 de las Naciones Unidas exigen mecanismos de reparación en aquellos casos en los que la empresa en cuestión haya cometido una violación de los derechos humanos o contribuido a ello. Pero no exigen que una empresa ofrezca esos mecanismos reparatorios cuando el daño lo haya causado otra empresa en la cadena de suministro. Por lo que entiende que de estas previsiones deriva, como premisa legal básica, que la responsabilidad sólo debe imponerse cuando exista un vínculo claro y previsible entre el daño sufrido por la víctima y la empresa responsable de dicho daño. Considerando igualmente que las empresas solo deberían ser consideradas responsables con arreglo al Derecho civil si ellas mismas han causado directamente una violación de los derechos humanos o si la hubieran causado en parte contribuyendo a ello con su conducta.

En España, con el objetivo general de implementar los Retos de la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030 aprobada por el Consejo de Ministros -y quizás ya con la intención de ir adelantando trabajo respecto de la Directiva en curso-, en el Plan Anual Normativo 2022 de la Administración General del Estado se ha incluido un listado de iniciativas legislativas y reglamentarias entre las que se encuentra, en el bloque relativo a Derechos Sociales e Inclusión Social, la Ley de Protección de los Derechos Humanos, de la Sostenibilidad y de la Diligencia Debida en las Actividades Empresariales Transnacionales. Desde el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 se declara que su objetivo es “garantizar de forma efectiva prácticas empresariales respetuosas de la sostenibilidad y los Derechos Humanos a través de una específica obligación de debida diligencia y buenas prácticas en la actividad transnacional de origen español”. El Anteproyecto fue sometido a consulta pública a comienzos de 2022 y hasta el 3 de

⁵⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva de 14 de julio 2022 (DOUE, 22/11/2022).

marzo de este mismo año⁵¹. En el texto del Anteproyecto se justifica su tramitación debido a que “no existe ninguna norma con rango de ley que regule, específicamente, las obligaciones de las empresas españolas, o con actividad en España, en materia de respeto de la normativa interna e internacional sobre derechos humanos y ambientales, y que establezca medidas para garantizar, en su caso, el derecho de las víctimas al acceso a la justicia y a la debida reparación. Tampoco existe marco normativo alguno orientado a regular de manera general y obligatoria la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos o ambiental”.

Desde un punto de vista general el objetivo de la norma nacional no difiere de la europea. No es otro que regular con carácter vinculante y de modo general, las obligaciones de las empresas españolas o grupos trasnacionales españoles y de aquellas empresas con carácter trasnacional que operen en el mercado español, de respetar los derechos humanos y medioambientales en las actividades desarrolladas a lo largo de sus cadenas de valor incluyendo en las mismas la diligencia debida. Regular un sistema de infracciones y sanciones para las empresas que incumplan las obligaciones de respeto, protección y promoción de los derechos humanos y ambientales y de los mecanismos de diligencia debida, garantizando el acceso a la justicia de cualquier persona afectada por dichas actuaciones para exigir el cumplimiento de las mencionadas obligaciones. Y, en relación con lo anterior, garantizar ese acceso a la justicia para reclamar la reparación efectiva a todas las personas o comunidades que hayan sido víctimas de violaciones de derechos humanos y ambientales derivados de las actividades realizadas por las anteriores empresas en el conjunto de sus cadenas de suministro. Entiende necesario garantizar que los sindicatos y las entidades no lucrativas puedan emprender acciones colectivas en nombre de las víctimas. Se recoge igualmente la necesidad de nombramiento de una autoridad competente, pública e independiente para vigilar el cumplimiento de la ley, sin que en ningún caso la actividad de la misma pueda interferir en el acceso a la justicia para exigir el adecuado cumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma. De esta forma se quiere contribuir a crear un espacio de “seguridad jurídica a las relaciones económicas entre Estados y evitar prácticas de competencia desleal que afecten a las

⁵¹ <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/220208-consulta-publica-definitiva.pdf> (14/03/2023).

empresas españolas que aplican estándares rigurosos de respeto de los derechos humanos y ambientales”.

En el proceso de consulta ha llamado especialmente la atención lo relativo a la responsabilidad civil en diferentes sentidos. Por un lado, desde el *Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa* y tras ese proceso de consulta se remitió al Ministerio de Asuntos Sociales una propuesta⁵² en la que, concretamente en materia de responsabilidad se indica que la futura Ley debería de manera específica “asegurar el acceso a la justicia y la reparación de las víctimas que han sufrido la vulneración de los derechos humanos y medioambientales en el curso de la actividad empresarial, bien por su acción directa o bien por la omisión de llevarla a cabo con la debida diligencia en su área de influencia a través de sus relaciones comerciales y productivas”. Y contemplar un régimen de responsabilidad civil para las empresas (no mencionado en el Anteproyecto) que finalmente cometen un daño que incluya disposiciones sólidas que faciliten el acceso a la justicia en España a las víctimas y la reparación, con independencia de que el daño haya ocurrido dentro o fuera de nuestro país.

Por su parte, para la *Plataforma por Empresas Responsables*⁵³ es preciso que la Ley no haga descansar sobre las eventuales víctimas la carga de la prueba, debiendo exigir a las empresas que revelen cualquier prueba pertinente que esté bajo su control y que sirva para demostrar que actuaron con toda la diligencia debida, de acuerdo con la normativa, para evitar el daño ocasionado. Desde aquí se considera que la diligencia debida debe ser concebida como una obligación administrativa por entender que así quedarían establecidas una serie de obligaciones específicas y detalladas en materia de prevención, evitación y reparación de los posibles daños ocasionados. Obligaciones que, además, deberán ir acompañadas de un sistema disuasorio de infracciones y sanciones en caso de que se incumpla con la obligación principal. Y que para su mayor eficacia deberían aplicarse con independencia del contexto en que desarrolle la empresa su actividad (inversora, contrata o subcontrata) y comprender toda su cadena de valor.

⁵²<https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2022/02/Participacion-Obrsc-consulta-publica-ley-de-proteccion-de-los-DDHH-sostenibilidad-y-de-la-DD-en-las-actividades-empresariales-ransnacionales.pdf>.

⁵³ <https://empresasresponsables.org/manifiesto> (14/03/2023).

Desde otro punto de vista, en el Informe elaborado por la *Cámara de Comercio de España*⁵⁴ se señala la conveniencia de esperar a la aprobación definitiva de la Directiva. Teniendo en cuenta el impacto que la crisis sanitaria ha tenido en la actividad económica empresarial consideran que la futura legislación nacional deberá ser viable en términos de desarrollo económico debiendo tenerse en cuenta su impacto sobre la competitividad empresarial, la especificidad que presentan las pymes y que no venga a imponer una mayor carga administrativa o a generar inseguridad a las empresas españolas⁵⁵. Concretamente en materia de responsabilidad se detiene el Informe, entre otras cuestiones, en la afirmación incorporada al Anteproyecto según la cual, “Son muchos los informes que ponen de manifiesto que las empresas españolas no siempre se han responsabilizado de los daños causados en el desarrollo de actividades fuera de España”. Indica la Cámara que sería conveniente adjuntar o poder conocer dichos Informes para aportar transparencia a esta afirmación y poder valorar en consecuencia. En su opinión, en lugar de establecer un sistema de sanciones, mejor opción sería disponer un sistema de incentivos. Y respecto de la obligación de garantizar el acceso a la justicia de las eventuales víctimas para reclamar la reparación efectiva del daño, utilizan un argumento que resulta muy conocido porque representa el temor de Estados y empresas en este contexto de la sostenibilidad desde siempre: señalan su preocupación por la forma en que se llevará a cabo y las repercusiones que podría tener “sobre el funcionamiento del sistema judicial español y sobre los potenciales costes a repercutir sobre el contribuyente nacional”. Como vemos añaden algo más, y es la repercusión final de los posibles costes en el ciudadano. Entienden, en general, que será preciso la realización de una evaluación sobre el impacto de la norma, alertando de manera reiterativa, especialmente sobre “el colapso del sistema judicial”. Del Informe se deriva otra preocupación para la Cámara de Comercio que encontramos en el momento en que el Anteproyecto se refiere a la participación de la ciudadanía. Es el relativo a la obligación de garantizar a las personas su derecho a ser informadas por las empresas de los riesgos que sus actividades suponen para los derechos humanos y el medio ambiente y de las

⁵⁴ https://www.camara.es/sites/default/files/publicaciones/informe_cce_apl_diligencia_debida_-_marzo_2022.pdf (14/03/2023).

⁵⁵ En enero de 2023 desde la Dirección General de Políticas Palanca para el cumplimiento de la Agenda 2030 comunicó que en el texto del Anteproyecto incluiría medidas de apoyo para las pymes para ayudarlas en el cumplimiento de los requerimientos que les realizasen las grandes empresas de cuyas cadenas de valor forman parte: <https://www.camara.es/futura-ley-proteccion-derechos-humanos-sostenibilidad-diligencia> (14/03/2023).

actuaciones orientadas a eliminar dichos riesgos en el marco de los planes de debida diligencia y de su desarrollo. Para la Cámara de Comercio de ello podrían derivarse “excesivas demandas y sanciones desproporcionadas” que llevarían a provocar “un efecto contrario al que pretenden promover, desviando recursos que podrían destinarse a acciones efectivas de mitigación de daños medioambientales”. En su opinión la solución pasaría por establecer, junto a un sistema de incentivos para que las empresas revelen problemas y riesgos en su cadena de valor, otros incentivos dirigidos a la adopción de las medidas necesarias para mitigarlos. Y aquí y por lo que hemos comprobado, hay que admitir que es en esta línea en la que en mayor medida se sitúan los últimos pasos en la negociación del texto final de la propuesta de Directiva.

En realidad, se plasma en este Informe el ya clásico temor y clásica desconfianza hacia la participación o intervención directa de la persona, en este caso como afectada o eventualmente afectada; y no es un temor patrimonio exclusivo del órgano que en este caso elabora el Informe. Hemos visto que también subyace en cierta medida en determinadas argumentaciones recogidas en la propuesta de Directiva o en algunas de sus omisiones y en las modificaciones propuestas al texto inicialmente presentado. Es cierto que lo importante en atención a los intereses que pretenden protegerse, derechos humanos y condiciones ambientales, los esfuerzos normativos deben residenciarse en aspectos preventivos, sin embargo, la realidad demuestra que, pese a todo, los daños están y van a seguir estando ahí. Los sistemas de responsabilidad civil como instrumento para la obtención por las víctimas de la reparación de los daños y el derecho a la información podrán y deberán diseñarse desde un punto de vista práctico con la finalidad de reparar en el modo procedente y garantizar el respeto a los derechos y también el adecuado desarrollo económico. Contamos con sólidos instrumentos jurídicos y económicos para ello, para conjugar eficazmente ambos objetivos, pero hace falta una auténtica voluntad política y legislativa -nacional y supranacional- para llevarlo a cabo. Es deseable que el régimen que se está diseñando de responsabilidad civil en este sector no se haga desde la necesidad de cumplir, pero únicamente de manera programática, con determinados objetivos. El mayor problema para articular eficaces políticas reparatorias y siempre situando como centro de las mismas a la persona, desde una perspectiva individual o como colectividad, sigue siendo la difícil tarea de armonizarlas con el desarrollo económico y también, tecnológico.

V. LA REVISIÓN DE LAS NORMAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA CIRCULAR

Como ya se dijo por la doctrina a través del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos se establecen “las reglas aplicables a los daños que pueden sufrir en su integridad psicofísica o en sus bienes quienes usan o consumen productos”; no estaríamos ante los problemas derivados de una posible insatisfacción por parte del adquirente del bien porque este no cumpla con los requisitos de calidad, aunque en ocasiones ambos conceptos podamos encontrarlos junto al de falta de seguridad. Y la cuestión fundamental no es la determinación del tipo de daño que se haya podido producir, si no que “lo que individualiza a los llamados daños por productos es el tipo de defecto -en cuanto falta de seguridad- de que adolece el producto”. El defecto del bien es de donde deriva el daño ocasionado a la persona o bienes del usuario del mismo. Pero junto a ello, esa falta de seguridad redundará en una mala imagen de la empresa usuaria del producto frente a sus clientes⁵⁶. A lo que habría que añadir ahora, y siguiendo con la obligación asumida por nuestro país respecto de los ODS y su integración en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de que el daño también afecte a elementos de naturaleza ambiental, que igualmente puede suponer un menoscabo del interés individual y empresarial.

La materia se encuentra regulada por la UE a través de la Directiva 85/374/CE, de 25 de julio, con la intención -se dijo- de mantener un justo equilibrio entre los intereses de los consumidores y cuya aplicación ha estado en permanente evaluación. Y en España actualmente el régimen de responsabilidad se encuentra recogido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), Libro Tercero, con un bloque dedicado a disposiciones generales aplicables a productos y servicios (art.128 a 134) y un bloque en el que se recogen las disposiciones de naturaleza específica para productos por un lado (arts. 135 a 146) y para servicios por otro (arts.147 a 149).

La necesidad de revisión de la Directiva 85/374 es clara si se tienen en cuenta los cambios acaecidos, sobre todo, en el sector tecnológico y en particular el desarrollo de la inteligencia artificial⁵⁷. En esa línea revisionista que mencionaba en los inicios, en el

⁵⁶ Parra Lucán (2008:1175-1176).

⁵⁷ Gómez Ligüerre (2022: Editorial).

momento de redactar estas líneas se encuentra en marcha una propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. La finalidad de la nueva regulación es adaptar las normas en esta materia a “las nuevas tecnologías, los modelos comerciales de economía circular y las cadenas de valor globales al garantizar: reglas justas y predecibles para empresas y víctimas; que las víctimas sean compensadas por los daños causados por productos inseguros, incluidos los productos digitales y los sistemas de IA, incluyendo los reacondicionados; y la igualdad de condiciones entre los fabricantes de la UE y de fuera de la UE”⁵⁸.

Tal y como se dispone de modo expreso en la propuesta⁵⁹ “Las transiciones ecológica y digital están en marcha y traen consigo enormes beneficios para la sociedad y la economía europeas, ya sea por la prolongación de la vida útil de los materiales y productos, por ejemplo, mediante la remanufacturación, o por el aumento de la productividad y la comodidad gracias a los productos inteligentes y la inteligencia artificial”. La revisión en este caso relacionada con la transición hacia un sistema de economía circular hay que ponerla en relación, de manera fundamental, con el ODS n.º.12, Consumo y Producción Sostenible⁶⁰. Las elecciones de la ciudadanía como consumidora repercuten en la calidad ambiental. La noción de consumo sostenible y responsable tiene que ver con la elección de bienes y servicios respetuosos con la calidad de los elementos ambientales descartando aquellos que, pongamos por caso y por lo que ahora aquí interesa, no admitan reparación, reutilización y se sitúen en lo que conocemos como productos afectados por la obsolescencia programada. La UE en toda esta labor dirigida a implementar los ambiciosos objetivos de la Agenda 2030 se ha propuesto desterrar dicha obsolescencia, que, por definición, se presenta contraria al sistema de economía circular.

La Directriz n.º.49 de la Resolución aprobada por la ONU el 22 de diciembre de 2015 define el consumo sostenible como “la satisfacción de las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras en formas que sean sostenibles desde el punto de vista económico, social y ambiental”. Es importante traer aquí el relevante papel que la ONU adjudica a los consumidores, eso sí, adecuadamente informados, para “promover modalidades de consumo que sean sostenibles desde el punto de vista económico, social y ambiental, en particular influyendo en los productores con sus

⁵⁸ <https://ec.europa.eu/info/law> (14/03/2023).

⁵⁹ Bruselas, 28/09/2022 COM (2022) 495 final. 2022/0302 (COD).

⁶⁰ *Vid.* Jordá Capitán (2021: 134 ss.)

decisiones”⁶¹. Nos detenemos en este punto en la Resolución del Parlamento Europeo de 2020 “Hacia un Mercado único más sostenible para las empresas y consumidores”⁶². El documento recoge la necesidad de que la Comisión emprenda políticas cuyo objetivo sea el empoderamiento de los consumidores para la transición verde y de productos sostenibles. El fundamento de esta afirmación se encuentra en el estudio del comportamiento de los consumidores que se llevó a cabo durante el año 2018. Concluye este estudio que la ciudadanía como consumidora ha decidido ya encaminar sus pasos hacia la economía circular y “es tres veces más probable que adquieran un producto si está etiquetado como más duradero y reparable”. Desde esta forma de consumo se reduce la generación de residuos. Pero junto a ello advierte de manera expresa que existen aún importantes obstáculos como la asimetría de la información. Una información clara, fiable y transparente sobre las características de un producto, particularmente en relación a la cuestión en la que ahora nos centramos, de la vida útil estimada y la reparabilidad del producto, es crucial tanto para contribuir a la sensibilización de los consumidores como para una leal competencia entre las empresas.

Entre las deficiencias apreciadas en la Directiva 85/374 se dijo que no estaba claro desde el punto de vista jurídico cómo aplicar las definiciones y los conceptos de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos, que tienen décadas de antigüedad, a los productos de la economía digital moderna y la economía circular, por ejemplo, los programas informáticos y los productos que necesitan programas o servicios digitales para funcionar, como los dispositivos inteligentes y los vehículos autónomos; que “la carga de la prueba, es decir, la necesidad, para obtener una compensación, de demostrar que el producto era defectuoso y que esto causó los daños sufridos, era difícil para las personas perjudicadas en casos complejos (por ejemplo, los relacionados con productos farmacéuticos, productos inteligentes o productos basados en inteligencia artificial)”; y que “las normas limitaban excesivamente la posibilidad de presentar reclamaciones de indemnización”⁶³.

Y fue precisamente en el ámbito de la IA, el internet de las cosas o la robótica, donde se llevaron a cabo concretos análisis respecto a determinadas deficiencias que

⁶¹ Naciones Unidas A/RES/70/186, Asamblea General, 04/02/2016.

⁶² P9_TA (2020) 0318 Parlamento Europeo 2019-2024

⁶³ En nuestro país los puntos sobre los que debía reflexionarse de cara a futuras revisiones de la Directiva 85/374 y que ahora -de una u otra forma- se recogen en la propuesta, fueron expuestos por Gómez Laplaza (2001: 152 ss.).

afectaban a productos relacionados con las tecnologías emergentes. Desde estas consideraciones el objetivo de la reforma se concreta en garantizar que las normas de responsabilidad reflejen la naturaleza y los riesgos de los productos en la era digital y *la economía circular*; y por lo que ahora interesa, en garantizar que siempre exista una empresa con sede en la UE que pueda ser considerada responsable de los productos defectuosos comprados directamente a fabricantes de fuera de la UE, a la luz de la creciente tendencia de los consumidores a comprar productos directamente en terceros países sin que exista un fabricante o importador establecido en la UE; en aligerar la carga de la prueba en casos complejos y suavizar las restricciones a la presentación de reclamaciones, garantizando al mismo tiempo un equilibrio justo entre los intereses legítimos de los fabricantes, las personas físicas perjudicadas y los consumidores en general; así como en garantizar la seguridad jurídica adaptando mejor la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos al nuevo marco legislativo creado por la Decisión n.º 768/2008/CE⁷ y a las normas de seguridad de los productos, y codificando la jurisprudencia relativa a la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos.

Señala la UE que la revisión de esta Directiva se traducirá en una modernización y refuerzo de las normas en la materia manifestando de modo expreso que se trata de normas justas y previsibles tanto para empresas como para consumidores. En este caso se indica de modo expreso que se basa en la responsabilidad objetiva de los fabricantes en materia de indemnización de daños personales, daños materiales o la pérdida de datos causados por productos inseguros, productos que van “desde sillas de jardín, medicamentos, productos agrícolas, hasta maquinaria avanzada”. Respecto de la economía circular, y aquí estaría parte de su contribución a la transición, señala de modo expreso que la revisión redundará en unas normas sobre responsabilidad más claras y justas para las empresas que modifiquen sus productos en aras de un sistema económico más sostenible. Las medidas implementadas en materia de responsabilidad civil aclarando quién responde cuando el producto ha sido reparado o reacondicionado incide en la necesidad que se había apuntado anteriormente de aumentar la confianza de los consumidores en este tipo de consumo más sostenible y garantizar una competencia leal entre las empresas.

La definición de *daño* incluye las pérdidas materiales resultantes de muerte, lesiones corporales, incluidos daños a la salud psicológica, daños o destrucción de cualquier propiedad y, de acuerdo con la ampliación señalada anteriormente, la pérdida o

corrupción de datos que no se utilicen exclusivamente con fines profesionales (art.4.6). Y en cuanto al derecho a indemnización se refiere a las personas físicas, «persona perjudicada», que sufran los daños causados por un producto defectuoso, contemplando la posibilidad de extender la legitimación a “una persona que sea sucesora o se haya subrogado en el derecho de la persona perjudicada en virtud de la legislación o de un contrato; o una persona que actúe en nombre de una o varias personas perjudicadas de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional” (art.5).

En los Considerandos la propuesta se refiere a los criterios de imputación. Dispone que se impone la responsabilidad a los operadores económicos con independencia de la culpa, pero con el fin de lograr un reparto equitativo del riesgo, será la víctima del daño quien deba soportar la carga de la prueba del mismo, el carácter defectuoso de un producto y el nexo causal entre ambos (Cdo.30 y art.9). En el articulado lo que encontramos, hasta el momento, es la mención relativa a la obligación de los Estados miembros de garantizar que los operadores económicos y de modo particular, los fabricantes de un producto defectuoso puedan ser declarados responsables de los daños causados por estos (art.7.1). En la norma actualmente vigente no se establece en su articulado mención alguna a la responsabilidad objetiva, ni lo hace en nuestro país el TRLGDCU. En nuestra doctrina se ha dicho que el régimen especial de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos “se define por parámetros específicos, previstos y definidos legalmente que conceptualmente no dejan margen o hueco para la entrada en escena de un eventual juicio de imputación objetiva” como tampoco es posible encontrar prueba de tal imputación objetiva, en virtud de esta misma opinión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁶⁴.

Vamos a ocuparnos a continuación de la aportación de las normas sobre responsabilidad civil a la transición ecológica hacia un sistema de economía circular. Debemos partir de la obligación de que los productos se diseñen de tal forma que resulten más duraderos, sean reutilizables, reparables y mejorables. Se trata del ya conocido como «derecho a reparar»; un derecho efectivo de los consumidores a la reparación de los bienes que comprenda toda la vida del producto y donde deberán tenerse en cuenta, además del diseño, la producción ética, la estandarización y la información facilitada al consumidor, incluyendo el etiquetado sobre la reparabilidad y la contratación pública.

⁶⁴ Gutiérrez Santiago (2022: 666). Por su parte Santos Morón (2022:134) sostiene que el TRLGDCU recoge un sistema de responsabilidad objetiva reconocido en el seno de determinadas SSTs.

Precisamente para contribuir a este proceso de transición nuestro legislador ha modificado el TRLGDCU ⁶⁵ manteniendo y reforzando “las previsiones de nuestra legislación garantizando la existencia de un adecuado servicio técnico, así como de los repuestos necesarios, durante un plazo mínimo de diez años a partir de la fecha en que el bien deje de fabricarse, contribuyendo con ello al derecho a la reparación” en consonancia con lo dispuesto por el Parlamento Europeo en su Resolución de 25 de noviembre de 2020. Nos situamos ya en una fase más donde el reciclaje pasa a ocupar puestos posteriores, aun sin desaparecer, lógicamente. La UE promueve formas sostenibles de producción y consumo de conformidad con el Objetivo de Desarrollo Sostenible n.º.12 - Consumo y Producción Sostenibles- que prolonguen la funcionalidad de los productos y de los componentes (remanufacturación, reacondicionamiento y reparación). Los productos admiten a través de la reparación modificaciones y mejoras mediante cambios efectuados en los programas informáticos. Y en aquellos casos en los que un producto se modifica de manera sustancial, fuera del control del fabricante original, nos encontraríamos ante un producto nuevo y debería entonces ser responsable quien llevó a cabo dicha modificación desde su condición de fabricante del producto ahora modificado, porque si nos atenemos a la legislación de la UE será quien, desde ese momento, deba responder de los requisitos de seguridad del producto en cuestión. Aquí quedarían incluidos supuestos como aquellos que se encargan -aún no de forma generalizada, aunque pudiera ser previsible- de la electrificación de los que ahora ya podríamos calificar de “tradicionales coches de combustión” (el conocido como *retrofit*) a través de un proceso que se tiene previsto pueda instalarse en los talleres mecánicos y que pondrían al alcance de toda la ciudadanía el acceso a un automóvil no contaminante sin desprenderse del que ya tengan; economía circular que permite seguir utilizando nuestro vehículo.

Siguiendo con las consideraciones anteriores, y en ese contexto de la economía circular, aquél que realice una modificación debería quedar exento de responsabilidad si puede demostrar que el daño está relacionado con una parte del producto no afectada por

⁶⁵ En la línea de reforzar la posición de los consumidores se modificó a través del decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU). La modificación se ha centrado en la ampliación del plazo en que en el que se manifiesta la falta de conformidad a tres años, que debe asumir el vendedor, así como el periodo en el que se presume que cualquier falta de conformidad que se manifieste ya existía en el momento de la entrega, en este caso dos años, salvo que el vendedor demuestre lo contrario o que esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o con la índole de la falta de conformidad. Tratándose de un bien de segunda mano el empresario y el consumidor o usuario podrán pactar un plazo menor al indicado en el párrafo anterior, que no podrá ser inferior a un año contado desde la entrega (art.120.1): <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/04/27/7> (14/03/2023).

la modificación. Y, por su parte, aquellos operadores que realicen modificaciones no sustanciales no estarán sujetos a la responsabilidad prevista en la presente Directiva. A todo ello se refiere el artículo 7 de la propuesta normativa bajo la rúbrica de *operadores económicos responsables de los productos defectuosos*. Hay que decir que el concepto de *operador económico* es otra de las novedades de la propuesta; se entiende por tal “el fabricante de un producto o componente, el proveedor de un servicio conexo, el representante autorizado, el importador, el prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia o el distribuidor” (art.4.16). El artículo 7, en su apartado 1 dispone que los Estados miembros deben garantizar que el fabricante de un producto defectuoso pueda ser considerado responsable de los daños causados por ese producto y que cuando un componente defectuoso haya provocado, a su vez, que el producto sea defectuoso, el fabricante del componente en cuestión pueda también ser considerado responsable de los mismos daños. Por su parte, el apartado 4 establece que “cualquier persona física o jurídica que modifique un producto que ya haya sido introducido en el mercado o puesto en servicio se considerará fabricante del producto a efectos del apartado 1, cuando la modificación se considere sustancial con arreglo a las normas nacionales o de la Unión aplicables en materia de seguridad de los productos y se lleve a cabo fuera del control del fabricante original”. Aunque podrá quedar exento de responsabilidad si el carácter defectuoso que haya causado el daño estuviese relacionado con una parte del producto no afectada por la modificación (art.10.g) y hay que decir que tampoco en aquellos casos en los que la modificación no sea *sustancial*. En cuanto a la concurrencia del requisito de la *sustancialidad* de la modificación introducida en el producto, la Directiva entiende, entre otras, aquellas que cambian las funciones originales previstas o que afectan al cumplimiento del producto con los requisitos de seguridad aplicables.

Como hemos adelantado anteriormente se han introducido una serie de reglas que afectan a la carga de la prueba (art.9). Recordemos que la propuesta recoge un sistema de imputación “independiente de la culpa” y ello lleva a tener que cargar a la víctima del daño con la obligación de probar el carácter defectuoso y la relación de causalidad para tender así a un reparto equitativo del riesgo. Pero dado que es habitual que las víctimas se encuentren en una posición desventajosa respecto a los fabricantes en el acceso a la información sobre el proceso de fabricación del producto y su funcionamiento, la UE considera necesario en este sector corregir esta asimetría para poder asegurar el resarcimiento a las víctimas. Considera entonces que debe facilitárseles el acceso a las

pruebas⁶⁶ que vayan a utilizarse en los procedimientos judiciales, debiendo garantizar el órgano juzgador que dicho acceso “se limite a lo *necesario y proporcionado*” y que pueda adoptar las medidas específicas necesarias “para preservar la confidencialidad de esa información”. Consecuentemente los Estados miembros deberán garantizar que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, a petición del demandante “que haya presentado *hechos y pruebas suficientes* para respaldar la verosimilitud de la reclamación de indemnización, para ordenar al demandado que revele las pruebas pertinentes de que disponga”. No obstante, es cierto que con la intención de incentivar el cumplimiento de la obligación de hacer accesible la información o según se mire de sancionar por su incumplimiento, introduce la propuesta a favor de la víctima una relevante presunción *iuris tantum* disponiendo que los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro deberán partir de la presunción del carácter defectuoso de un producto cuando el demandado incumpla esta obligación. El incumplimiento de los requisitos de seguridad de un producto debe dar lugar a esa presunción de defectuosidad. Además, los órganos jurisdiccionales nacionales también deberán presumir el carácter defectuoso de un producto o el nexo causal entre el daño y el defecto, o ambos, cuando, aunque se haya facilitado el acceso a la información, al demandante le resulte *excesivamente difícil* debido a la complejidad técnica o científica en su caso, probar el defecto o el nexo causal, o ambas cosas. Exigir pruebas en estas circunstancias iría contra la efectividad del derecho a indemnización, por lo que habida cuenta de la mejor posición en estos casos de los fabricantes, serán ellos quienes deban destruir la presunción de defectuosidad (art.8). La cursiva de determinadas expresiones indica las posibles dificultades que en la práctica pudieran derivarse del abuso de este tipo de conceptos, indeterminados, amplios. Aunque es cierto que los conceptos jurídicos indeterminados presentan una ambivalencia que puede desembocar en virtud o en defecto, ya que permiten poder enjuiciar caso por caso y adaptarlos al caso y circunstancias concretos, pero al mismo tiempo pueden no favorecer a la seguridad jurídica.

Como se ha dicho la contribución de esta propuesta en materia de sostenibilidad hay que situarla en el contexto de la economía circular y la protección de los intereses de la ciudadanía como consumidora y usuaria. Pero hay que recordar que en el marco de la sostenibilidad ya el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental en el año 2000 dedicó

⁶⁶ Una medida que se impone aquí y en los supuestos de la responsabilidad civil derivada de los daños causados por la IA como seguidamente se verá, pero no en otros sectores relacionados con estos procesos de transición.

expresamente un apartado para referirse a la relación de esa entonces futura Directiva sobre Responsabilidad Ambiental y la Directiva sobre responsabilidad por los productos defectuosos. Y lo hizo para indicar que esta última se ocupaba de la reparación de los daños tradicionales, pero no incluía mención relativa a los posibles daños causados por dichos productos al medio ambiente. Admitía la posibilidad de que pudieran solaparse ambos regímenes de responsabilidad y concluía que llegado el caso de que un producto defectuoso causase un daño como consecuencia del defecto debido a la utilización de sustancias peligrosas en cantidad superior a la autorizada por la legislación ambiental, prevalecería el sistema de responsabilidad por producto defectuoso para la reparación de los daños tradicionales⁶⁷. La propuesta de directiva sobre productos defectuosos se refiere a la «defectuosiad» del producto como la falta de seguridad que el público en general tiene derecho a esperar “teniendo en cuenta todas las circunstancias”, incluso la presentación del producto, el uso razonablemente previsible y el indebido del mismo, los requisitos de seguridad del producto o las expectativas específicas de los usuarios finales a los que se destina el producto, entre otras. Efectivamente no se ha incluido una relación entre la defectuosiad y sus posibles efectos sobre el medio ambiente a efectos de responsabilidad; aunque teniendo en cuenta que sí puede afectar a las personas en su salud o en otros aspectos relacionados con su derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (*cf.* art. 45 y art. 53.3 CE) podemos sostener esa relación.

VI. LA CUESTIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. LA NECESIDAD DE GENERAR CONFIANZA EN LA CIUDADANÍA

La IA, tecnología que está propiciando una renovación de carácter radical, desde un punto de vista general forma parte de nuestra vida cotidiana, parece que está ya en disposición de adoptar determinadas decisiones de manera autónoma (*machine learning*). En la medida, además, en que de forma limitada podrá estar controlada por personas un sector de la doctrina ha advertido ya que representa para el Derecho Civil -hay que decir que como para tantos otros sectores- importantes desafíos⁶⁸. Y como también ya alguna opinión se ha encargado de exponer el Derecho debe ocuparse de ella para garantizar los derechos fundamentales reconocidos en los textos europeos y nacionales; una regulación

⁶⁷ Bruselas, 9/02/2000. COM (2000) 66 final:23.

⁶⁸ Ebers (2016: 2).

eficaz creará la confianza necesaria en esta tecnología, esencial para que tanto consumidores como empresas y administraciones públicas las incorporen con las suficientes garantías jurídicas y éticas⁶⁹. Esto ha sido puesto de relieve en época reciente pero en 1994, se dijo respecto de los continuos avances tecnológicos y de la responsabilidad extracontractual en particular, cómo los primeros imprimen a la segunda “modificaciones no sólo cuantitativas, sino también cualitativas, hasta el punto de presentar ahora en su consideración global una fisonomía realmente distinta de la que ofreció en su versión histórica previa”; ello lleva a la necesaria incorporación al razonamiento jurídico de nuevos puntos de vista⁷⁰. Nuevos puntos de vista como, pongamos por caso, el reconocimiento de una nueva categoría de personas, junto a las físicas y las jurídicas, que acomode en el ordenamiento jurídico a una nueva entidad, la de determinados robots con, a su vez, determinadas capacidades de actuación y, por lo tanto, de asunción de responsabilidad llegado el caso.

En el campo de la inteligencia artificial su Libro Blanco⁷¹ ya indicaba que esta cambiaría nuestras vidas, entre otras cosas y por lo que a la sostenibilidad se refiere, aumentando la eficiencia de la agricultura, contribuyendo al bienestar de la ciudadanía, a la mitigación del cambio climático y a la correspondiente adaptación o mejorando la eficiencia de los sistemas de producción mediante mantenimientos predictivos. Pero como contrapartida señalaba igualmente que lleva aparejada una serie de riesgos potenciales como “la opacidad en la toma de decisiones, la discriminación de género o de otro tipo, la intromisión en nuestras vidas privadas o su utilización con fines delictivos”. Desde entonces la UE ha venido adoptando un buen número de medidas dirigidas al establecimiento de un sólido marco jurídico europeo que ofrezca respaldo a los intereses en juego en este caso, aprovechando, al tiempo, las ventajas que de su desarrollo y utilización general puedan derivarse⁷². Lo cierto es que la relación IA-Sostenibilidad también ha sido objeto de debate. Y particularmente sobre la contribución de la IA a remediar las consecuencias del cambio climático el consenso no siempre parece posible. Por un lado, el coste económico necesario para su desarrollo es muy alto, con un muy alto consumo de energía, y su impacto en los recursos naturales y huella ambiental es,

⁶⁹ Barrio Andrés (2019: 2).

⁷⁰ López Jacoïste (1994: 31).

⁷¹ Bruselas, 19/02/2020. COM (2020) 65 final.

⁷² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Inteligencia Artificial para Europa. Bruselas, 25/04/2018. COM (2018) 237 final.

correlativamente, muy elevado. Pero junto a lo anterior, los análisis inciden en sus beneficios a través del uso del *big data* y *machine learning* para, entre otras, mejorar la eficiencia energética, contribuir a la consecución de nuevos materiales de construcción o implementar mejoras en la agricultura en general. Aunque, fundamentalmente, debemos tener siempre presente que el gran cambio sigue estando en mayor medida en nuestros comportamientos y actitudes conscientes y esto es igualmente trasladable al ámbito de la IA en la medida en que el ser humano sigue estando detrás de estos complejos procesos.

Continuando con el propósito de este trabajo nos detendremos aquí en la propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial⁷³, que discurre en paralelo a la relativa a la responsabilidad por productos defectuosos. En la Exposición de Motivos de la propuesta se indica respecto a sus eventuales impactos ambientales que la Directiva contribuirá a la consecución de los ODS y de las metas correspondientes. Y expresamente señala que “La adopción de aplicaciones de IA es beneficiosa para el medio ambiente. Por ejemplo, los sistemas de IA utilizados en la optimización de procesos reducen el despilfarro de estos (así, reduciendo la cantidad de fertilizantes y plaguicidas necesaria, reduciendo el consumo de agua a igualdad de rendimiento, etc.). La Directiva repercutiría positivamente en los ODS, ya que una legislación eficaz en materia de transparencia, rendición de cuentas y derechos fundamentales orientará el potencial de la IA en beneficio de las personas y de la sociedad hacia la consecución de los ODS”. Para la ciudadanía la Directiva supondrá un aumento de la “confianza de la sociedad en las tecnologías de IA y promoverá el acceso a un sistema judicial eficaz. Contribuirá a un régimen de responsabilidad civil eficiente, adaptado a las especificidades de la IA, en el que las demandas fundamentadas de indemnización por daños y perjuicios sean estimadas. El aumento de la confianza social también beneficiaría a todas las empresas de la cadena de valor de la IA, ya que el aumento de la confianza de los ciudadanos contribuirá a una adopción más rápida de la IA. Debido al efecto incentivador de las normas sobre responsabilidad, evitar las lagunas en materia de responsabilidad también beneficiaría, indirectamente, a toda la ciudadanía mediante un mayor nivel de protección de la salud y la seguridad (artículo 114, apartado 3, del TFUE) y la evitación de fuentes de riesgo para la salud (artículo 168, apartado 1, del TFUE)”. Y ahí es donde radica su mayor contribución; en la creación de confianza en la ciudadanía, una confianza en el sentido de

⁷³ Bruselas 28/09/2022. COM (2022) 496 final.

crear un marco de seguridad en el que las personas confíen en la utilización segura de la IA y en la garantía de un eficaz sistema de reparación de los daños si los hubiere. No difiere de los casos anteriores y coincide en la intención perseguida por la propuesta sobre daños por productos defectuosos ya que, al igual que aquí, un adecuado sistema de responsabilidad respecto de los productos reparados o reacondicionados creará un clima de confianza en los consumidores que redundará en una demanda de este tipo de productos, y, en definitiva, facilitará el tránsito al sistema de economía circular.

En este caso establece como uno de sus objetivos la armonización legislativa de determinadas normas nacionales de responsabilidad basada en la culpa. Considera necesario llevar a cabo una adaptación de las normas nacionales sobre responsabilidad civil. La razón aducida es “garantizar que las personas que reclamen una indemnización por los daños y perjuicios que les cause un sistema de IA disfruten de un nivel de protección equivalente al de las personas que reclaman una indemnización por los daños causados sin la mediación de un sistema de IA”. Se centra la propuesta normativa en la armonización de determinadas normas nacionales de responsabilidad extracontractual basada en la culpa pero tan solo en lo relativo a “las normas de responsabilidad subjetiva que rigen la carga de la prueba -art.4- para las personas que reclamen una indemnización por daños y perjuicios causados por sistemas de IA” dejando fuera de su alcance, en este caso, cruciales aspectos como “la definición de la culpa o la causalidad, los diferentes tipos de daños que dan lugar a demandas por daños y perjuicios, la distribución de la responsabilidad entre varios causantes de los daños, la concurrencia de culpas, el cálculo de los daños y perjuicios o los plazos de prescripción”.

Según declara, su objeto lo constituye el establecimiento de reglas en relación a la exhibición de pruebas y carga de la prueba relativas a sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo con el fin de permitir a los demandantes fundamentar sus demandas de responsabilidad civil interpuestas ante tribunales nacionales por daños y perjuicios causados por sistemas de IA (art.1.2). Y en cuanto a su ámbito de aplicación este se circunscribe a las demandas de responsabilidad civil extracontractual basada en la culpa en aquellos casos en que los daños y perjuicios causados por un sistema de IA se produzcan después del final del período de transposición (art.1.2). Vuelve a aparecer aquí, como en el caso de la propuesta sobre DDES, la culpa como criterio de imputación. Debemos tener en cuenta que tanto en un caso como en otro nos encontramos ante actividades relacionadas con el desarrollo económico y tecnológico respectivamente.

Sectores desde donde se pueden estar planteando importantes presiones o aún sin ellas, y teniendo en cuenta la naturaleza económica presente en el origen de la propia UE, sectores cuyo desarrollo quiera preservarse. Y, por su parte, con la propuesta de Directiva sobre daños derivados de productos defectuosos tiene en común la presencia de otros tantos conceptos jurídicos indeterminados.

La razón de centrar la atención en lo relativo a la carga de la prueba lo sitúa en la ya tradicional dificultad de las eventuales víctimas de los daños para identificar a la persona potencialmente responsable y poder demostrar que concurren los requisitos para interponer la correspondiente demanda; la dificultad viene dada por el elevado número de personas que participan en el diseño, el desarrollo, la introducción generalizada y el funcionamiento de los sistemas de IA (fabricante, programador, propietario, el entrenador en su caso). Para corregirlo, y al igual que hemos visto que se establece en el caso anterior, los potenciales demandantes podrán solicitar a un órgano jurisdiccional que ordene la exhibición de las pruebas pertinentes antes de presentar una demanda por daños y perjuicios. Ahora bien, la exhibición de dichas pruebas solo debe ordenarse cuando el demandante presente *hechos e información suficientes* para acreditar la viabilidad de una demanda por daños y perjuicios y, además, haya presentado previamente una solicitud al proveedor, a la persona sujeta a las obligaciones de un proveedor o al usuario para que exhiba dichas pruebas que obran en su poder sobre sistemas de IA de alto riesgo específicos de los que se sospeche que han causado daños y perjuicios, y que esta solicitud haya sido denegada. Se piensa que esta orden de exhibición debe llevar a una reducción de los litigios innecesarios y evitar costes a los posibles litigantes causados por demandas sin fundamento o con pocas posibilidades de prosperar. Las mismas razones que también se han alegado en otros supuestos y que se sitúan también, junto a esa pretendida función de reducción de costes, en el posible freno que pudiera suponer para la implementación de la tecnología en según qué supuestos. Pero aquí la doctrina se ha planteado ya lo irrelevante de este derecho de acceso a las pruebas en la forma en que parece desprenderse de la redacción empleada. Se ha argumentado que “si tiene que demandar judicialmente que se haga efectivo el derecho de acceso a medios de prueba y para ello tiene que aportar hechos y pruebas suficientes para sustentar la viabilidad de una demanda, ¿no le sale más a cuenta interponer directamente una demanda reclamando la compensación de los daños ocasionados puesto que ya tiene hechos y pruebas suficientes? Si no debería interponer una doble demanda, primero, para reclamar la información y, segundo, para que se le

compensen los daños. Téngase en cuenta que, una vez interpuesta la demanda, esto es, ya como demandante, puede solicitar la exhibición y preservación de las pruebas y, en caso de que el demandado se niegue a mostrarlas, el art. 3.5 presume su culpa al considerarse incumplido un deber de diligencia que esa información negada iba a probar”⁷⁴.

Si la negativa del proveedor, de la persona sujeta a las obligaciones de un proveedor o del usuario, tiene lugar antes del inicio del procedimiento judicial, en ese caso, “no debe dar lugar a la presunción de incumplimiento de las obligaciones de diligencia pertinentes por parte de la persona que deniegue dicha exhibición” (Cdo.17).

El sistema en este caso se basa en la concurrencia de culpa, concretamente, y también como en el caso de la propuesta sobre DDES, en un incumplimiento culposo o negligente de las normas aplicables. Recordemos que un sistema de responsabilidad objetiva tanto en el marco de la actividad económica como en este caso en la tecnológica se contempla como un obstáculo para su desenvolvimiento⁷⁵. Pero el requisito de la necesaria concurrencia de la culpa tampoco se encuentra exenta de problemas, como ya sabemos⁷⁶. Por ambas razones y con la intención de aprovechar las ventajas que cada uno de estos sistemas presentan para los intereses en juego el Parlamento Europeo en su propuesta de Reglamento de 2020 recogía un sistema de responsabilidad civil en dos niveles, que como también sabemos se contempla en relación a la responsabilidad ambiental. La premisa de la que partía era la necesidad de normas de responsabilidad civil diferentes para riesgos también diferentes o para riesgos con un diferente grado de peligrosidad. Así, para los sistemas denominados de Alto Riesgo inherente, establecía un sistema de responsabilidad objetiva (art.4) que debía estar fundamentado sobre criterios claros y una adecuada definición de “alto riesgo” y ofrecer seguridad jurídica; en este caso se trataría de sistemas de IA que funcionan de manera potencialmente autónoma “poniendo en peligro en mucha mayor medida al público en general, con un potencial significativo de causar un daño de forma aleatoria y yendo más allá de lo que cabe esperar razonablemente”⁷⁷. Y siguiendo con la caracterización -en general- de este sistema de

⁷⁴ Navas Navarro (2022:33).

⁷⁵ En el caso de la responsabilidad civil por lo daños causados por los robots así lo ha señalado también Zurita Molina (2020:65).

⁷⁶ Como ha expuesto Arroyo Aparicio (2022:147) “Los obstáculos procesales y sustantivos en la acreditación de la prueba de la causalidad, junto con las dificultades para identificar medidas adecuadas para evaluar la conducta humana concreta, pueden hacer que sea muy difícil para las víctimas o perjudicados de un sistema de IA obtener una indemnización conforme a los regímenes vigentes relativos a la RC”.

⁷⁷ DOUE, P9_TA (2020) 0276, p. 112.

responsabilidad objetiva, establecía la propuesta de Reglamento que debía aplicarse a la violación de derechos importantes jurídicamente protegidos, la vida, la salud, la integridad física y la propiedad, establecer los importes (art.5), el alcance de la indemnización (art.6) y lo concerniente al plazo de prescripción (art.7) en su caso. Junto a todo ello, y también con la finalidad de generar la confianza necesaria en la ciudadanía recogía la conveniencia de una cobertura adecuada de la responsabilidad civil; así, proponía que todos los operadores de IA de Alto Riesgo debían ser titulares de un seguro de responsabilidad civil en los que las primas no debían ser “prohibitivamente elevadas y convertirse así en un obstáculo para la investigación y la innovación”. La doctrina destacó en su momento que “El problema, como ocurre en todos los supuestos de responsabilidad civil objetiva, es que será necesario delimitar, legal o jurisprudencialmente, entre lo que debe considerarse fuerza mayor, y el riesgo típico cubierto por la responsabilidad objetiva. No se hace referencia alguna al caso de que el daño sea causado por un tercero que pudiere interferir en el funcionamiento del sistema (a diferencia de lo que ocurre en el caso de la responsabilidad subjetiva de los sistemas no de Alto Riesgo, art. 8.3) por lo que el hecho de tercero no eliminará la responsabilidad objetiva del operador”⁷⁸.

Por su parte, para otros sistemas de IA, por exclusión, no de Alto Riesgo (art.8) el sistema de responsabilidad civil previsto en la propuesta de Reglamento era de carácter subjetivo, respecto de todo daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernados por el sistema de IA. Ahora bien, tal y como igualmente se apreció, se trataría realmente de un régimen de naturaleza cuasiobjetiva o con inversión de la carga de la prueba de la culpa ya que el operador debía en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2, o bien probar que el sistema se activó sin su conocimiento, o bien que cumplimentó todos y cada uno de los estándares de diligencia enunciados. Y según esta última opinión citada del texto de la propuesta podríamos colegir que el operador no podrá probar ausencia de culpa fundada en otras alegaciones. Sin embargo, sí estaba previsto que el estándar de diligencia pudiera ser susceptible de graduación en función de si el operador es un consumidor o un profesional⁷⁹. Como muy acertadamente se ha puesto también de manifiesto la propuesta de Directiva “alivia muy poco a la víctima de la carga de la prueba a pesar de introducir cambios relevantes en relación con el régimen de la responsabilidad civil basado en la culpa. Pero como apunta esta misma

⁷⁸ Álvarez Olalla (2021: 6).

⁷⁹ Álvarez Olalla (2021: 8).

opinión “todavía queda espacio para establecer un régimen jurídico propio para la responsabilidad civil por los daños ocasionados por sistemas de IA, quizá en la línea de lo advertido por la resolución del Parlamento europeo de 20 de octubre de 2020, que equipare a las víctimas de daños ocasionados por sistemas de IA con las víctimas de daños ocasionados por productos defectuosos. No se acaba de entender que el estándar sea diferente cuando los daños que puede llegar a ocasionar un sistema de IA pueden ser tanto o más relevantes que los que ocasione un producto que presenta un defecto”⁸⁰.

El artículo 4 de la propuesta de Directiva contiene una *presunción refutable de relación de causalidad en caso de culpa*. Según dispone se supedita esta presunción del nexo causal entre la culpa del demandado y los resultados producidos por el sistema de IA o la no producción de resultados por parte del sistema de IA, al cumplimiento de determinadas condiciones: a) que el demandante haya demostrado o el órgano jurisdiccional haya supuesto, de conformidad con el artículo 3, apartado 5, la culpa del demandado o de una persona de cuyo comportamiento sea responsable el demandado, consistente en el incumplimiento de un *deber de diligencia* establecido por el Derecho de la Unión o nacional destinado directamente a proteger frente a los daños que se hayan producido; b) que pueda considerarse *razonablemente probable*, basándose en las circunstancias del caso, que la culpa ha influido en los resultados producidos por el sistema de IA o en la no producción de resultados por parte del sistema de IA; y c) que el demandante haya demostrado que la información de salida producida por el sistema de IA o la no producción de una información de salida por parte del sistema de IA causó los daños.

Por un lado, tendríamos entonces en el supuesto del apartado c) parte del nexo causal que debe ser demostrado por la víctima, y, por otro lado, una presunción *iuris tantum* del nexo causal entre la culpa del demandado y los resultados o ausencia de los mismos en los supuestos de los apartados a) y b), eso sí, siempre que se den las condiciones descritas⁸¹. En primer término, debe demostrar el demandante que se ha producido un incumplimiento negligente, por culpa, de la diligencia debida y de ahí deriva el daño. Como ya sabemos por deber de diligencia debida se entiende aquí aquella “norma de conducta exigida establecida por el Derecho nacional o de la Unión con el fin de evitar daños a bienes jurídicos reconocidos a nivel nacional o de la Unión, incluidos la vida, la

⁸⁰ Navas Navarro (2022: 49).

⁸¹ Navas Navarro (2022: 35-36).

integridad física, la propiedad y la protección de los derechos fundamentales (art.2.9). Tal y como hemos referido al ocuparnos de la propuesta de DDES, consiste en el incumplimiento negligente de una serie de obligaciones que se encontrarán recogidas en la propia ley, en este caso, en la Ley de Inteligencia Artificial. En este punto se ha dicho que “La diligencia o su contrario -la culpa- pertenece al ámbito de la valoración jurídica y no de la infracción material”. Según esta opinión, “se está asistiendo, junto con otras normas o futuras normas de la UE, a unas parcialmente nuevas reglas de RC cuando intervienen sistemas de IA basadas en una concepción diferente de la “diligencia debida” en cuanto modelo de conducta, el cual implica el cumplimiento de una serie de deberes establecidos legalmente. Si no se cumplen, el agente es considerado culpable...en materia de responsabilidad civil por daños ocasionados por sistemas de IA, sí que la Propuesta representa un cambio en la concepción de la culpa que dejará de valorarse jurídicamente. Ahora bien, el cumplimiento de los requisitos previstos en los capítulos 2 y 3 del Título III de la Ley de IA no tiene porqué significar necesariamente que la conducta del demandado fuera diligente, si el modelo de conducta requería extremar los cuidados más allá de lo establecido en esos capítulos. Pero parece que este extremo no podrán valorarlo los tribunales, a tenor de lo dispuesto en la propuesta⁸². Partiendo de la necesidad de probar que el daño deriva del incumplimiento negligente de la norma, resulta que, además, debe tratarse de una culpa cualificada ya que debe ser “razonablemente probable” que la misma haya influido en el daño o en las consecuencias de la omisión. En caso contrario se destruiría la presunción, ya en sede judicial, según creo entender que se desprende del propio texto⁸³. Cabe preguntarse si con relación a la cuestión que viene analizándose en este trabajo respecto de la contribución de las normas de responsabilidad civil a la transición digital, en este caso, reglas como las anteriores sirven a la finalidad de generar y reforzar, respectivamente, la confianza de la ciudadanía en la IA y en dicha transición, fundamental -según la UE- para el mejor funcionamiento del mercado interior y, más allá, para la consecución de determinados retos en el marco de los ODS. Tal y como se ha señalado anteriormente, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, como esa *razonable probabilidad*, presente también en el apartado 4 del artículo 4, o cuando en el apartado 5 del mismo precepto se hace referencia a la posible *excesiva*

⁸² Navas Navarro (2022: 36).

⁸³ Para Navas Navarro (2022:38) dado que en otros momentos se menciona expresamente al demandante (apartados a y c) y en este punto no lo hace, puede concluir que no es el demandante.

dificultad del demandante para probar el nexo causal, no van a ayudar, precisamente, a crear ese clima de seguridad y confianza en la ciudadanía.

Con todo y desde una consideración generalista los daños en estos casos no difieren de los que podría ocasionar “cualquier otra nueva tecnología cuyas posibilidades y repercusiones todavía no se conocen exactamente: daños a las personas y los bienes por accidentes, daño económico, por pérdidas causadas por mal funcionamiento de los sistemas inteligentes, eventualmente daños morales...la respuesta jurídica se ceñirá a los daños mensurables, predecibles y usuales y vendrá del campo de la responsabilidad civil”⁸⁴.

Una de las relevantes cuestiones que aquí se plantea es en relación a los criterios de imputación. En aquellos supuestos en los que una máquina dotada de un sistema de IA capaz de tomar decisiones provoque un daño se han ido planteando diversos interrogantes ¿quién es el responsable y cuál es el criterio que servirá para imputarle la obligación de reparar el daño? ¿el robot quirúrgico, por ejemplo? ¿el coche automatizado? ¿su fabricante? ¿su programador? Se pregunta la doctrina si realmente es necesario la implementación de un conjunto de reglas específicas⁸⁵. Las opiniones se encuentran divididas sin que las que se entienden mayoritarias⁸⁶, incluida la opinión del Comité Económico y Social Europeo⁸⁷ negando la necesidad de creación y consiguiente dotación de una personalidad jurídica (*e-personality*), resten relevancia a propuestas contrarias de naturaleza intermedia⁸⁸. En este caso tienen presente sólo a determinados robots dotados de sistemas de IA en los que concurren determinados presupuestos que llevan, al menos, a plantearse una duda muy razonable. Se ha señalado por la doctrina que no todos los robots son iguales y que en función de su tipología deberán tener una u otra configuración

⁸⁴ Lacruz Mantecón (2022:89).

⁸⁵ Vid. Ebers, 2016:8.

⁸⁶ Díaz Alabart (2018:124). Para la autora “no parece muy útil, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la creación de una personalidad jurídica de los robots, con el propósito de que al ser algún día plenamente autónomos, respondan, por sí mismos, de los daños que puedan causar”, porque, en su opinión no resulta compatible desde consideraciones éticas, pero también porque “difícilmente podrán indemnizar a sus víctimas, si carecen de patrimonio y las alternativas para adscribir, a través de seguros obligatorios o fondos de compensación cantidades de dinero para el pago de los daños que causen no resulta convincente”.

⁸⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad. 2017/C 288/01 (DOUE, 31/08/2017).

⁸⁸ Barrios Andrés (2018:89 ss.). Ercilla García (2018:7) sostiene la conveniencia de reconocer personalidad a un determinado tipo de robots, los denominados como persona ciber física. Y en similar línea Vicandi Martínez (2022:627) considera que, llegados a ese punto de evolución tecnológica el Derecho deberá, junto a las categorías de persona física y jurídica, conformar una tercera, la robótica o electrónica para aquellos robots con capacidad de aprendizaje y autonomía suficiente como para adoptar decisiones propias.

jurídica; que “no todos los supuestos pueden (ni deben), desde un punto de vista jurídico, ser tratados de la misma manera”⁸⁹.

Fundamentadas opiniones defienden la creación para un determinado tipo de robots, de una “categoría intermedia entre las cosas y las personas físicas que aúne las especialidades que pueden predicarse de estos sistemas”. La que se ha denominado como una “inteligencia artificial fuerte” en el contexto actual de la cuarta generación de robótica; un sistema “capaz de emular el funcionamiento de la mente humana, incluyendo no sólo la capacidad de resolución de multitud de tareas sino, también, los sentimientos, la creatividad y la auto-ciencia” y entendiendo aquí la acción de “emular” en su acepción informática, es decir, la capacidad de que un programa o dispositivo funcione “de la misma manera que otro, y no como una función meramente imitativa de algo genuino”⁹⁰. Pero fijémonos en que es respecto de esta cuarta generación respecto de la que se plantea la posibilidad del reconocimiento de una propia personalidad jurídica y aquí es donde se situarían las consideraciones que se recogieron en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre Robótica⁹¹.

Desde otro punto de vista el CESE manifestó su expresa oposición a la creación de un estatuto jurídico para los robots dotados de IA, y ello porque en su opinión, tal creación jurídica llevaría aparejado un “riesgo moral inaceptable”. Considera que la legislación en materia de responsabilidad tiene un efecto correctivo y también preventivo que podría desaparecer si “el riesgo de responsabilidad civil dejase de recaer sobre el autor por haberse transferido al robot (o sistema de IA)”⁹². Además, una forma jurídica así sería susceptible de uso y aplicación indebidos. La comparación con la responsabilidad limitada de las sociedades no es válida, puesto que el responsable en última instancia es siempre una persona física”; desde estas premisas invitaba a analizar la forma en que la legislación, la reglamentación y la jurisprudencia de la UE y de cada Estado miembro en

⁸⁹ Navas Navarro (2016: p.86 y 91 ss.).

⁹⁰ Así se ha pronunciado García Sánchez, 2020: 85-87. Y respecto de lo que propiamente habría que considerar como un robot se pronunció ya anteriormente Navas Navarro (2016:87-90).

⁹¹ P8_TA (2017) 0051.

⁹² En contra Atienza Navarro (2022:127-128) considera que a parte de lo discutible que pueden ser estos efectos en materia de responsabilidad civil ya que su función y como en otro lugar de este trabajo también se ha señalado, es resarcitoria o indemnizatoria “hay fórmulas a las que se opuso la misma objeción y que han triunfado sobradamente en nuestra cultura jurídica”; se refiere la autora citada a la crítica que en sus orígenes recibió el seguro de responsabilidad civil, porque se consideraba que el hecho de que los ciudadanos no sufrieran las consecuencias de sus comportamientos negligentes podría ser negativo con vistas a la prevención de daños futuros.

materia de responsabilidad estaban respondiendo a esta cuestión (sobre el producto y el riesgo) y la atribución de culpa, y, en su defecto, qué soluciones legales podrían articularse⁹³. En esta línea de posicionamiento se ha dicho que “el robot no va a aprender por mucha indemnización que le hagamos pagar: sólo aprenderá si le programamos para que aprenda, a quien hay que estimular es al humano que puede mejorar el robot”⁹⁴. Evidentemente, al menos hasta el momento, habrá una inteligencia humana tras la artificial que podrá “corregir” desviaciones en la toma de decisiones de forma autónoma por parte del robot interviniendo de la forma precisa para que sí “aprenda” y tenga entre sus fines “no causar daños” o “mitigarlos”. Y del mismo modo que en otros casos se hablará también aquí de cumplimiento de las normas, intervención de negligencia o dolo. Fundamentalmente ese eventual reconocimiento de personalidad jurídica, y por los efectos que pudieran derivarse en beneficio de la transición digital y el cumplimiento de los ODS, tendría por finalidad la determinación del patrimonio que respondería por el daño ocasionado y no tanto el hecho de dotarles de subjetividad porque dicho reconocimiento no tiene por qué traducirse en una garantía de reparación del daño para la víctima. Habría que elegir, además, la forma en la que dotar a ese patrimonio del robot. Si a través, por ejemplo, de las ganancias obtenidas, lo que, a su vez, llevaría a tener que resolver otro problema en aquellos casos en los que el robot con su actividad no obtuviera ganancias (sería el supuesto de los meramente asistenciales o de aquellos que llevan a cabo actividades de puro recreo). Otra forma de dotación podría ser a través de un impuesto colectivo que recaería sobre la ciudadanía en tanto en cuanto usuaria de la IA, con lo cual, estaría recayendo sobre las posibles víctimas⁹⁵.

Muchos son los ejemplos en el proceso evolutivo, a los que el Derecho ha ido adaptándose de manera progresiva y generalizada, y en los que iniciales reticencias han dado paso, después, a la admisión de soluciones con las que tratar de hacer prevalecer la eficacia en orden a la consecución de la finalidad perseguida. Desde mi punto de vista esta afirmación no se muestra, en absoluto, demagógica o fútil. Pero ciertamente que en el caso de los mencionados robots esa “singularidad fáctica que constituye la cuarta generación robótica demanda, asimismo, una singularidad jurídica que le permita hacer frente a los desafíos que se plantearán en un futuro cercano”⁹⁶. Y parece claro también

⁹³ Vid. p.7.

⁹⁴ Lacruz Mantecón (2022:91).

⁹⁵ Atienza Navarro (2022:129-130).

⁹⁶ García Sánchez (2020: p.93).

que debemos tener en cuenta que esta realidad representada por la IA se encuentra en pleno desarrollo; un desarrollo tan rápido como impredecible es determinar hasta dónde pueda llegar y, en consecuencia, quizás no convenga anclarse demasiado en negaciones categóricas.

Bibliografía

- ÁLVAREZ LATA, N. (2004), «La responsabilidad en materia de prevención y reparación de daños ambientales: ámbito material y régimen de responsabilidad. Comentario a la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 5 (pp. 1-12).
- (2011) «Precisando algunas reglas de la responsabilidad medioambiental», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, junio (pp. 1-24).
- (2014) «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente», *Tratado de Responsabilidad Civil* (REGLERO CAMPOS y BUSTO LAGO, Coords.), T. II, Aranzadi, Cizur Menor (pp. 1099-1196).
- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2021). «Propuesta de Reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.381 (pp. 1-10).
- (2022). «Los elementos de la responsabilidad civil por negligencia. Visión general», *Nuevas perspectivas en la responsabilidad civil. Revisión crítica de la imputación objetiva*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra (pp. 127-173).
- ARROYO APARICIO, A. (2022). «Vehículos autónomos, responsabilidad y seguro», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 3, enero-junio (pp. 127-150).
- ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2022). *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Atelier Libros Jurídicos. Derecho de Daños, Barcelona.
- AUGER LIÑÁN, C. (1988). «Problemática de la responsabilidad civil en materia medioambiental», *Poder Judicial*, núm. IV Especial (pp. 111 y ss.).
- BARRIO ANDRÉS, M. (2018). «Hacia una personalidad electrónica para los robots», *Revista de Derecho Privado*, año 102, febrero (pp. 89-107).
- (2019), «Los principios generales del Derecho de los Robots», *Derecho Digital e Innovación*, nº.1, Wolters Kluwer (pp. 1-20).
- BELLVER CAPELLA, V. (1994). *Ecología: de las razones a los derechos*, Comares, Granada.
- EBERS, M. (2016). «La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿necesitamos reglas especiales en el derecho de la responsabilidad civil?», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, julio-septiembre (pp. 1-22).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1996). *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona.
- DÍAZ ALABART, S. (2018). *Robots y responsabilidad civil*, Reus, Madrid.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1978), *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- (1995), *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (1995), «Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente», *Derecho del medio ambiente y administración local* (ESTEVE PARDO, Coord.), Civitas, Madrid (pp. 63-98).
- ERCILLA GARCÍA, J. (2018), «Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 47 (pp. 1-23).
- GARCÍA SÁNCHEZ, M.^a D. (2020), «Inteligencia Artificial y oportunidad de creación de una personalidad electrónica», *Ius et Scientia*, vol. 6, núm. 2 (pp. 83-95).
- GÓMEZ LAPLAZA, M.^a C. (2000), «La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea: presente y futuro», *Aranzadi Civil*, Revista Quincenal, núm. 3, (pp. 2327-2354).
- (2001), «Situación actual de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea», *Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al profesor R. López Cabana*, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires (pp. 133-163).
- GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2022), «La propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *InDret*, núm. 4, “Editorial” <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/406110/500347>
- GOMIS CATALÁ, L. (1998), *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona.
- GONZÁLEZ MORÁN, L. (2011), «El Derecho también defiende el medio ambiente», *Ecología y Ecoética*, Universidad Pontificia de Salamanca, Instituto de Estudios Europeos y Derechos Humanos (pp. 79-108).
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2022), “La imputación objetiva en el régimen de responsabilidad por productos”, en *Nuevas perspectivas en la responsabilidad civil. Revisión crítica de la imputación objetiva*, Aranzadi, Cizur Menor (pp. 569-678).
- JORDA CAPITÁN, E. (2001.a), *El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado*, Aranzadi, Pamplona.
- (2001.b), «Tutela medioambiental de carácter preventivo desplegada a través de determinados procedimientos civiles: sobre su pretendida función de protección indirecta», *Revista de Derecho Privado* (pp.875-895).
 - (2013), «La dicotomía daños ambientales-daños a la persona en el sistema español de responsabilidad ambiental. Su repercusión», *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre (pp.103-136).
 - (2021), *La perspectiva de la discapacidad, de género y de la sostenibilidad ambiental en la protección de las personas consumidoras en el comercio electrónico*, Dykinson, Madrid.

- JORDANO FRAGA, J. (2007), «El Derecho Ambiental del siglo XXI», *Cultura Verde: ecología, cultura y comunicación*, (CARABALLO, GÓMEZ CASTRO y DAZA, Coords.) Consejería de Medio Ambiente, Junta de Andalucía (pp. 115-140).
- LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2022), «Inteligencia artificial: daño y prejuicio», *Temas Actuales de Derecho Privado I*, (CERVILLA GARZÓN y BALLESTEROS BARROS, Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, Cizur Menor (pp. 87-106).
- LLODRÀ GRIMALT, F. (2015), *Bosquejo de sustentabilidad ambiental en el Derecho Civil*, Huygens Editorial, Barcelona.
- LÓPEZ JACOÍSTE, J.J. (1994), *Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- MATTEI, U. (2017). «Las leyes de la naturaleza y la naturaleza del Derecho», en *Derecho & Sociedad*, núm. 48 (pp. 163-171).
- NAVAS NAVARRO, S. (2016), «Smart Robots y otras máquinas inteligentes en nuestra vida cotidiana», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20 (pp. 82-109).
- (2022), «Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los sistemas de Inteligencia Artificial», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 44 (pp. 43-51).
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2001), «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas)», *Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson/Ciudad Argentina, Madrid/Buenos Aires (pp. 187-216).
- PARRA LUCÁN, M.^a A. (2008), «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», *Tratado de Responsabilidad Civil* (REGLERO CAMPOS, Coord.), Aranzadi, Cizur Menor (pp. 1175-1259).
- POSTIGLIONE, A. (1991), «La responsabilità civile per danno ambientale nel quadro dell'unità della giurisdizione», *Il danno ambientale con riferimento all'attività civile*, Edizioni Scientifiche Italiana, Nápoles (pp. 117-138).
- REGLERO CAMPOS, F. (2002), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, Cizur Menor.
- RUDA GONZÁLEZ, A. (2008), *El daño ecológico puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.
- SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M.^a C. (1994), *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del ambiente*, Bosch, Barcelona.
- SANTOS MORÓN, M.^aJ. (2022), «La responsabilidad por daños causados por productos y servicios defectuosos», *Derecho de Consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, (SANTOS MORÓN y MATO PACÍN, Coords.), Tecnos, Madrid (pp. 133-153).
- SERRANO MORENO, J.L. (1992), *Ecología y Derecho: principios de Derecho ambiental y ecología jurídica*, Comares, Granada.
- VALLADARES ROS, F. (2023), <https://www.valladares.info/infografia/el-futuro-del-planeta-esta-pasando/>.

- VICANDI MARTÍNEZ, A. (2022), «Robots y responsabilidad civil ¿Se encuentra nuestro ordenamiento jurídico preparado para dar respuesta a los nuevos retos que estos plantean?», *La modernización del contrato de servicios* (INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 603-627).
- ZURITA MARTÍN, I. (2020), *La responsabilidad civil por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos*, Reus, Madrid.

LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO SOBRE FILIACIÓN EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS

The EU Proposal for a Regulation on cross-border parenthood

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU

elena.rodriquez@uam.es

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Madrid

Cómo citar / Citation

Rodríguez Pineau, E. (2023).

La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas

Cuadernos de Derecho Privado, 6, pp. 148-180

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.46>

(Recepción: 22/05/2023; aceptación tras revisión: 31/07/2023; publicación: 31/08/2023)

Resumen

Este trabajo presenta las principales soluciones de la propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas, lanzada por la Comisión europea en diciembre de 2022 para garantizar en todo el territorio de la Unión el reconocimiento de la filiación establecida en un Estado miembro. El análisis de sus reglas permitirá valorar si responde a dicha finalidad y si satisface también la lógica de una regulación de Derecho internacional privado de la filiación. Dadas las reservas que la propuesta suscita en algunos Estados miembros, igualmente se valora hasta qué punto su adopción puede prosperar.

Palabras clave

Filiación, reconocimiento de situaciones, orden público, interés superior del menor, armonización europea.

Abstract

This paper addresses the main solutions of the European Commission proposal for a European Regulation on parenthood in cross-border situations, published in December 2022. The proposal aims at guaranteeing the recognition of parenthood established in a Member State throughout the territory of the Union. The analysis of its rules will make it possible to assess whether such aim is fulfilled and whether those solutions also satisfy the rationale of private international law rules of parenthood. As the proposal raises serious concerns in some Member States, the extent to which its adoption is likely to be successful is also assessed.

Keywords

Parenthood, recognition of situations, public policy, best interest of the child, European harmonization.

SUMARIO:

I. EL CONTEXTO DE LA PROPUESTA. II. BASE COMPETENCIAL Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. II.1. Base legal. II.2. ¿Reconocimiento de situaciones o de resoluciones?

II.3. Ámbito de aplicación material. II.3.1. ¿Qué filiación? II.3.2. Situación transfronteriza. II. 4. Ámbito de aplicación espacial. III. REGLAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. IV. REGLAS DE LEY APLICABLE. V. REGLAS DE RECONOCIMIENTO. V.1. Reconocimiento de decisiones judiciales y documentos auténticos. V.2. Aceptación de documentos públicos sin efectos jurídicos vinculantes. V.3. El orden público. VI. CERTIFICADO EUROPEO DE FILIACIÓN. VII. CONSIDERACIONES FINALES. *Relación jurisprudencial. Bibliografía.*

I. EL CONTEXTO DE LA PROPUESTA

En diciembre de 2022 la Comisión Europea publicó su propuesta de reglamento sobre la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y aceptación de documentos auténticos en materia de filiación y la creación de un certificado europeo de filiación (en adelante, la propuesta)¹. El texto cristaliza los trabajos realizados desde 2021, cuando la Comisión lanzó un proceso para valorar la posible regulación del reconocimiento de la filiación en el ámbito de la Unión Europea y se ha desarrollado en paralelo a los trabajos de la Conferencia de La Haya en materia de reconocimiento de filiación y la maternidad subrogada². Esta actividad pretende responder a una realidad que se constata cada vez con más frecuencia, que la filiación constituida en el marco de un ordenamiento jurídico no es siempre ni necesariamente reconocida en otros ordenamientos.

La pretensión de que la filiación pueda ‘trasladarse’ con la persona a otro Estado es una exigencia creciente en un contexto donde la movilidad internacional de las personas no para de aumentar. Este reconocimiento aseguraría la continuidad en el estatuto personal, y en particular en la adquisición de una identidad y la creación de vínculos familiares, que se va configurando como un derecho humano que los tribunales reconocen e intentan proteger³. Por otra parte, la distinta aproximación que los ordenamientos hacen a la filiación responde a una concepción de la familia y de la organización social, que explica que no sea siempre posible aceptar otros modelos si se entiende que ello puede amenazar la esencia del sistema propio. En consecuencia, se pueden activar los mecanismos de defensa del ordenamiento, en particular la excepción

¹ Propuesta de Reglamento de 7 de diciembre de 2022 sobre la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y aceptación de documentos auténticos en materia de filiación y la creación de un certificado europeo de filiación (COM (2022) 695 final) disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0695&from=EN>.

² <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

³ Pfeiff (2017: 335).

de orden público, para salvaguardar esos elementos⁴. Esta tensión está en la base de los conflictos que se han planteado ante los tribunales nacionales y europeos, en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con fundamento en el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁵.

El TEDH lleva a cabo una interpretación dinámica del art. 8 CEDH, que va ajustándose al momento en que debe ser aplicado, teniendo en cuenta otros textos internacionales y la evolución en los Estados contratantes sobre la cuestión. De manera que, cuanto más consenso en los Estados exista sobre una determinada forma de abordar el asunto, el TEDH puede apoyarse en este común denominador para construir una interpretación más amplia del art. 8 TEDH (y, en sentido contrario, a falta de este consenso, mantener una posición más restringida sobre el alcance del artículo en relación con la cuestión controvertida). La jurisprudencia sobre el art. 8 CEDH no impone a los Estados contratantes la obligación de modificar sus normas de reconocimiento (de Derecho internacional privado) pero sí de asegurar que el derecho garantizado por el art. 8 CEDH puede ser efectivo en el Estado contratante, por ejemplo, si no se reconoce la filiación establecida en otro Estado, abriendo la posibilidad de que esta filiación pueda establecerse en el Estado requerido por otra vía (*v. gr.* la adopción). Tampoco parece que el derecho a la vida privada y familiar obligue a aceptar en todo caso la situación constituida en el extranjero y los efectos civiles que de ella se derivan⁶, aspecto que puede quedar aclarado en futuros casos pendientes ante el TEDH.⁷ En todo caso, resulta evidente que los Estados no pueden sustraerse al impacto de la jurisprudencia del TEDH en sus ordenamientos⁸.

⁴ Sirvan como ejemplo a estos efectos las sentencias sobre reconocimiento de filiación resultante de gestación subrogada del Tribunal Supremo español (Sala 1ª) de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153) o de la Casación italiana (sezione unite) de 30 de diciembre de 2022, n. 38162 (ECLI:IT:CASS:2022:38162CIV).

⁵ Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y enmendado por los protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966 respectivamente (BOE, núm. 243 de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570).

⁶ Grassi (2022: 608-9).

⁷ Así, los asuntos *A.D. –K y otros c. Polonia* (application no. 30806/15) o *A.P. y R.P. c. Polonia* (application no. 1298/19). En el primero, pendiente desde 2015, una mujer británica y otra polaca, en *registered partnership*, tienen hija en común, pero en Polonia no quieren registrar a la menor en el Registro civil conforme al certificado de nacimiento de Londres. Se invoca vulneración del derecho a la vida privada de la hija (y en particular a sus derechos sucesorios) y de las dos madres (a ser reconocidas como tales) y una vulneración del derecho a la vida familiar de las tres. Adicionalmente, las madres invocan el art. 14 por discriminación por razón de orientación sexual. El supuesto, como se verá, es muy parecido al que dio lugar al asunto *Pancharevo* (vid. *infra*).

⁸ Sobre el alcance de la integración horizontal (del CEDH con otros convenios) y vertical (del CEDH y los consensos resultantes de los Estados en el asunto) de la jurisprudencia del TEDH, favoreciendo

A esta dificultad de carácter sustantivo se añade, además, una de naturaleza técnica, puesto que el reconocimiento de la filiación, como el de otras cuestiones relativas al estatuto personal, es una materia que no ha sido armonizada y para la que los Estados articulan distintas soluciones. El reconocimiento es un método que permite hacer valer lo constituido en el marco de otro sistema jurídico, ya sea como resultado de la propia aplicación de la ley (determinación de la filiación *ex lege*) o por la intervención de una autoridad (por ejemplo, para la constitución de una adopción, para la certificación de la filiación resultante de una gestación subrogada, etc.). En este sentido, puede resultar necesario reconocer tanto una resolución judicial como un certificado de nacimiento extranjeros. Y si bien para la primera están articulados procedimientos específicos, cuál es el mecanismo de reconocimiento de la filiación que no resulta de una resolución judicial tiene una respuesta menos evidente. De hecho, un clásico trabajo en la materia sugiere que no existe un método, sino métodos de reconocimiento⁹. Así, si el recurso habitual para este reconocimiento se articulaba a través del reconocimiento conflictual, *i.e.* la situación constituida en el extranjero podría aceptarse en el foro si se hubiera realizado de conformidad con la norma de conflicto aplicable en el foro, poco a poco se ha ido abriendo paso un sistema de ‘reconocimiento’ que no depende de la aplicación de la propia norma de conflicto, sino de la aceptación de lo válidamente constituido en el extranjero si se respetan ciertas salvaguardas¹⁰.

En este contexto, dos decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) pusieron el foco en el problema que suponía, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, que un menor no pudiera disfrutar de derechos reconocidos por el ordenamiento de la Unión Europea, *v. gr.* la libre circulación, si el Estado miembro al que pretendía trasladarse (de su nacionalidad) no reconocía la filiación establecida en otro Estado miembro (de su nacimiento)¹¹. En ambos casos se trataba de parejas de mujeres que habían recurrido a técnicas de reproducción asistida y que constaban en el Estado de origen como madres, situación que no era posible conforme al ordenamiento del Estado de destino, en el que la filiación sólo puede quedar determinada respecto de dos

interpretaciones que se conformen con ese consenso, y su efecto sobre los Estados que mantienen posiciones menos abiertas sobre el alcance del derecho, *vid.* Salerno (2018: 31-32).

⁹ Mayer (2005: 547-574).

¹⁰ Pero véase por ejemplo la situación en España, por todos, Gardeñes Santiago (2017: 390-392).

¹¹ En los asuntos C-490/20 *V.M.A. – Panharevo* (ECLI:EU:C:2021:1008) y C-2/21 *Rzecznik Praw Obywatelskich* (ECLI:EU:C:2022:502).

progenitores de distinto sexo¹². Esta situación, que implicaba no poder emitir un documento de identidad con el que desplazarse por territorio europeo, se entendió que no era compatible con el Derecho de la Unión, resultando obligado el Estado de destino a emitir ese pasaporte (sin necesidad de inscribir el certificado de nacimiento) y reconocer, a efectos del ejercicio de la libre circulación, la filiación establecida¹³.

Este reconocimiento ‘funcional’, que no obliga a los Estados a modificar su Derecho pero sí a aplicarlo de forma que no impida el ‘efecto útil’ del Derecho de la Unión, puede tener sentido a efectos administrativos (obtener una prestación social, la entrada en un Estado miembro), pero plantea interrogantes si lo que se pretende es tener un estatuto personal idéntico en todos los Estados miembros¹⁴. En última instancia, este reconocimiento funcional (que no incide en los efectos civiles) sólo permite aspirar a gozar de un estatuto personal parcial¹⁵ sin que se garantice que se elimina el efecto restrictivo sobre la movilidad de las personas dentro de la Unión Europea¹⁶. De ahí que, como indica la propuesta de la Comisión, se haya considerado necesario intervenir para solventar el problema. Pero esta no es la única motivación que impulsa la propuesta, pues como se recoge en el texto, también hay una razón sustantiva, que es la de proteger los derechos de los niños a tener una filiación uniforme dentro de la Unión y la de garantizar los derechos LGTBIQ¹⁷. En otros términos, la propuesta opta claramente por un modelo orientado favorable al reconocimiento, en particular respecto de las denominadas ‘familias arcoiris’, lo que se ve reflejado con claridad en algunas de sus soluciones.

Que el Derecho internacional privado dejó de ser hace tiempo un sistema de normas neutras, que no atienden al resultado material de su aplicación, es ya algo conocido. De hecho, las reformas de las reglas de conflicto sobre filiación en España también se orientan a la finalidad del establecimiento de la filiación¹⁸. Pero con esta intervención el legislador europeo va un paso más allá, porque no sólo pretende garantizar el reconocimiento de un estatuto personal, sino eliminar la discriminación que, desde la

¹² En el caso C-490/20 *Pancharevo*, se trataba de una menor nacida en España de madre búlgara y madre británica, para la que se solicitaba el pasaporte en Bulgaria. Como el Derecho búlgaro sujeta la emisión del pasaporte a la inscripción de la filiación, y dado que no se podía satisfacer la exigencia de aquellas normas para inscribir a madre y padre, se denegó la solicitud. En el asunto C-2/21 *Rzecznik Praw Obywatelskich* se planteaba la misma situación respecto de una pareja de mujeres polaca e irlandesa, que querían inscribir el nacimiento del hijo en el registro polaco.

¹³ González Beilfuss (2022: 10); Álvarez González (2022, para. 7).

¹⁴ Sobre las diferencias del alcance del reconocimiento en ambas esferas, Jiménez Blanco (2018: 33 ss).

¹⁵ Corneloup (2022: 568-569).

¹⁶ Grassi (2022: 599).

¹⁷ Considerando 12.

¹⁸ Carrascosa (2016).

perspectiva de la Comisión, pueden sufrir algunos modelos familiares dentro de la Unión. Este enfoque puede resultar problemático en la medida en que también la propia Unión reconoce el derecho de los Estados miembros a regular determinadas cuestiones (por ejemplo, la filiación) y a respetar la identidad nacional de sus Estados miembros¹⁹. No es de extrañar que ya desde la publicación de la propuesta se hayan levantado voces contrarias a su adopción, lo que augura que el debate no será sólo técnico, sobre las soluciones normativas²⁰, sino también político²¹.

Sin ánimo de resolver todas las cuestiones que plantea la propuesta, el objeto de las siguientes páginas es el de realizar una primera aproximación a sus elementos, poniendo en contexto sus soluciones y valorando su alcance. Para abordar la propuesta seguiremos la estructura del texto, comenzando por su base competencial y ámbito de aplicación (II), para analizar seguidamente las reglas sobre competencia judicial internacional (III), ley aplicable (IV), reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos (V) y el certificado europeo de filiación (VI). Ello nos permitirá concluir con unas reflexiones finales (VII).

II. BASE COMPETENCIAL Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia supone un paso más en la integración, que debe permitir a los ciudadanos europeos poder ejercer sus derechos como tales sin obstáculos derivados del fraccionamiento jurídico. El reconocimiento mutuo que fundamenta este espacio de libertad, seguridad y justicia podría indicar igualmente la conveniencia de superar las dificultades que plantea el reconocimiento de la filiación dentro de la Unión Europea. En este sentido, la Comisión podría haber optado por ofrecer una respuesta específica en materia de reconocimiento de situaciones, sin embargo, la propuesta retoma el esquema tradicional de los reglamentos de la Unión: facilitar el reconocimiento de las resoluciones judiciales y los documentos públicos sobre

¹⁹ En este marco competencial se encuadran la Resoluciones sobre la propuesta de la Comisión, de 14 de marzo de 2023, del Senado italiano (4ª Comisión permanente) (consultada en <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1372325.pdf>) y del Senado francés, de 22 de marzo de 2023 (consultada en <https://www.senat.fr/leg/tas22-084.html>), emitidas de conformidad con lo previsto en el Protocolo nº 2 del TUE, sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

²⁰ Véase el extenso informe elaborado en mayo de 2023 por varios profesores alemanes, en el denominado ‘Grupo de Marburgo’: <https://www.marburg-group.de/>.

²¹ Claramente beligerante en contra de esta propuesta está el gobierno polaco, vid. <https://www.europapress.es/internacional/noticia-polonia-avisa-vetara-propuesta-ue-reconocer-filiacion-hijos-parejas-lgtbi-20221209185601.html>.

filiación en situaciones transfronterizas mediante la adopción de normas comunes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable²².

II.1. Base legal

Dado que la filiación es una materia de competencia estatal, resulta relevante justificar la competencia de la Unión para adoptar este texto, que la propuesta fundamenta en el art. 81.3 TFUE, al entender que tiene por objeto facilitar el reconocimiento de las resoluciones judiciales y los documentos públicos sobre filiación mediante la adopción de normas comunes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable. Además se insiste en el impacto que la protección de los derechos fundamentales tiene en la Unión y que quedarían asegurados con la propuesta. A efectos de la aplicación territorial debe tenerse en cuenta que Dinamarca no acepta los textos elaborados al amparo del art. 81.3 TFUE, por lo que, de salir adelante, no estaría vinculada por el Reglamento (considerando 98). Ahora bien, dado que la materia es de gran sensibilidad para los Estados, cabe preguntarse si esta será finalmente la vía que prospere, puesto que el art. 81.3 TFUE exige la unanimidad, o si no acabará planteándose este texto como uno de cooperación reforzada en el que participen sólo aquellos Estados miembros que estén en condiciones de aceptar esta regulación²³.

II.2. ¿Reconocimiento de situaciones o de resoluciones?

Este punto de partida de la propuesta se aleja de otros trabajos en materia de reconocimiento de filiación, que no circunscriben los problemas de reconocimiento al reconocimiento de resoluciones, para los que existen cauces procesales ya establecidos, sino que pretenden abordar el reconocimiento de ‘situaciones’, es decir, cómo hacer valer una situación creada en un Estado, en muchas ocasiones por ministerio de la ley, en otro Estado distinto. El reconocimiento, como mecanismo de Derecho internacional privado, es una técnica de perfiles difusos que ha suscitado discusión doctrinal acerca de su alcance, pues si bien existe consenso en cuanto a que sólo merecen reconocimiento situaciones que hayan ‘cristalizado’ en otro ordenamiento²⁴, es más disputado si esta

²² Como se sugería en el *Inception impact assessment* -Ref. Ares(2021)2519673 - 14/04/2021.

²³ González Beilfuss (2022: 13). Sobre las posibles bases alternativas, vid. Lehmann (2016: 255). Para que un reglamento de cooperación reforzada prospere sería preciso un número mínimo de nueve Estados miembros participantes en el reglamento. Este tipo de reglamento supondría que el reconocimiento de la filiación sólo estaría garantizado entre esos Estados miembros y sujeto a condiciones de ‘tercer Estado’ en el resto de los Estados miembros no participantes en el reglamento.

²⁴ En la terminología de Mayer (2013: 27).

crystalización exige –y se limita a- la intervención de una autoridad (como defiende una mayoría)²⁵ o si cubre también las situaciones que se establezcan por ministerio de la ley. También se impone la idea de que el reconocimiento de esa situación jurídica creada en el extranjero no debe quedar sujeto al control de la ley aplicada en origen, pero resulta mucho menos claro cuáles son los límites al reconocimiento. Hay consenso generalizado en la doctrina en que el reconocimiento no debe producirse si ello vulnera el orden público del Estado requerido. Pero no resulta pacífico si éste constituye el único condicionante para el reconocimiento o si deben considerarse otros elementos, en particular, la existencia de un vínculo suficiente con el Estado de origen en el momento de creación de la situación jurídica cuyo reconocimiento se pretende para evitar situaciones de fraude de ley²⁶. Los trabajos del ‘Grupo europeo de DIPr’ ofrecen una buena ilustración de todos estos elementos²⁷.

Con una aproximación más pragmática, la Comisión aborda el tratamiento de la filiación transfronteriza con las técnicas de regulación tradicionales del DIPr. Ello le permite evitar el debate doctrinal apuntado aunque con el riesgo de eludir algunas de las cuestiones que subyacen a este debate y que merecerían una reflexión del legislador europeo.

II.3. **Ámbito de aplicación material**

II.3.1. *¿Qué filiación?*

Desde el punto de vista material la propuesta se aplica en materia civil relativa a la filiación en situaciones transfronterizas (art. 3.1). Conforme al art. 4.1, filiación es “el vínculo de filiación entre el progenitor o la progenitora y el hijo o la hija establecido en la ley. Comprende el estatuto jurídico de ser el hijo o la hija de un progenitor o una progenitora o unos progenitores en concreto”. Como se explica en el considerando 24, la filiación puede ser biológica, genética, por adopción o por ministerio de la ley y se refiere

²⁵ Por todos, Pamboukis (2013: 136-143).

²⁶ *Vid.*, por ejemplo, Gardeñes Santiago (2017: 412-417) y literatura ahí citada. Por el contrario, Pfeiff (2017: 338-343) no considera necesario que exista una vinculación con el Estado de origen y tampoco es favorable a aplicar el fraude de ley salvo que no exista expectativa legítima del adquirente y no se vulnera el interés superior del menor, entendiendo que, en general, todo control podría canalizarse por el orden público.

²⁷ Véanse las conclusiones de las reuniones del Grupo europeo de Derecho internacional privado (GEDIP) de 2020 (en el marco de los principios generales de DIPr, <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2021/02/Reconnaissance-du-statut-dune-personne-1.pdf>), de 2021 (centrado en el reconocimiento del estatuto personal, <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2021/02/Reconnaissance-du-statut-dune-personne-1.pdf>) y la más reciente de 2022 (<https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2022/07/Compte-rendu-des-s%C3%A9ances-de-travail.pdf>).

tanto a menores como a adultos, incluidos los fallecidos y no nacidos, ya sea en relación a un solo progenitor o una sola progenitora, a una pareja de hecho, a una pareja casada o a una pareja que mantenga una relación que, con arreglo al Derecho aplicable a esta, surta efectos comparables, como la unión registrada. También se aclara que sus reglas deben aplicarse con independencia de la nacionalidad del hijo o de la hija cuya filiación deba establecerse, y con independencia de la nacionalidad de sus progenitores. En coherencia con esta amplia definición, el término «progenitor» debe entenderse, según proceda, en el sentido de que se refiere al progenitor o a la progenitora legal, al progenitor o a la progenitora intencional, a la persona que afirma ser progenitor o progenitora o a la persona respecto de la cual el hijo o la hija reclaman la filiación.

La adopción internacional queda excluida del ámbito de aplicación de la propuesta²⁸, pero sus normas sí cubren las adopciones nacionales (incluidas las adopciones simples) sin elemento transfronterizo cuando se pretenda su reconocimiento en otro Estado miembro (considerandos 21 y 26)²⁹.

Así pues, el texto permitiría abarcar todas las situaciones posibles de filiación, incluida la resultante de gestación subrogada, posición que confirma cómo la propuesta pretende atender a las necesidades de las así denominadas ‘familias arcoiris’³⁰. Este ámbito de aplicación contrasta con las aproximaciones más cautelosas que se han llevado a cabo en otras instancias, en particular en el marco de la Conferencia de La Haya, donde las discusiones a lo largo de los años han puesto de manifiesto la dificultad de encontrar consensos entre las distintas aproximaciones al tratamiento de la filiación y su reconocimiento³¹. De este modo, en las indicaciones que el grupo de expertos propone en su informe final para consideración de futuros trabajos en el marco de la Conferencia se ha acordado la conveniencia de separar el tratamiento del reconocimiento de la filiación del de la gestación subrogada, sugiriendo la adopción de un convenio para el primero y

²⁸ Así lo especifica el considerando 27 y reitera el art. 66.3, que indica que el Reglamento no afectará al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional (BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995, pp. 23447-23454).

²⁹ Francia, Bélgica o Luxemburgo son países que permiten las adopciones simples. Desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, la obligación de reconocer este tipo de adopciones no parece que pudiera considerarse incompatible con el sistema español en la medida en que la Ley de adopción internacional ya contempla la posibilidad de realizar este reconocimiento, si bien con efectos limitados y una posibilidad de convertirla en adopción plena (art. 30 LAI).

³⁰ Aunque hay quien considera que la aproximación de la Comisión al concepto de filiación es ‘neutra’ precisamente por prescindir de consideraciones sobre el modelo de familia y forma de concepción del hijo, *vid. Danieli (2023)*.

³¹ *Vid. sobre el desarrollo de estos trabajos, Alborno (2020: 361-372)*.

un protocolo para el segundo³². Que la propuesta de la Comisión tenga un ámbito de aplicación tan amplio se puede justificar por el citado principio de confianza mutua que, a partir del uso de normas comunes, puede despejar las dudas del Estado requerido sobre el reconocimiento de lo creado en el Estado de origen. Pero en última instancia lo que refleja esta opción es la premisa de partida de la propuesta, *i.e.* favorecer el reconocimiento de todo tipo de filiaciones para evitar discriminaciones respecto de modelos familiares, incluidos los no generalizadamente aceptados por todos los Estados miembros³³.

Conviene en este punto realizar un pequeño excursus terminológico: la propuesta recoge cómo la determinación de la filiación responde a tres parámetros: biológico, legal e intencional. Tradicionalmente, la filiación se establece legalmente respecto de quien resulta progenitor biológico, que será quien asuma el cuidado de ese hijo. Pero la concurrencia de los tres elementos dista de estar presente en las nuevas formas de determinación de la filiación, donde puede no existir vínculo biológico, pero sí legal e intencional. Esta constatación está en la base de las voces que sugieren una manera distinta de utilizar la terminología para abordar la filiación, de modo que pudiera utilizarse el término ‘progenitor/a’ respecto de quien queda establecida la filiación biológica; ‘padre/madre’ para reflejar la filiación legal, y titular de la responsabilidad parental para quien tenga la obligación de cuidado del menor³⁴. Esta diferenciación entre las categorías de progenitor/a y padre/madre se ha defendido en la doctrina francesa³⁵. De igual modo se observa en la academia inglesa, donde se ha sugerido el uso de tres términos diferentes, *parentage*, *parenthood* y *parental responsibility*, que reflejan respectivamente, la vinculación biológica, la legal y el cuidado del hijo³⁶.

Esta elaboración terminológica más precisa de los distintos ángulos que presenta la filiación resulta más complicada de reflejar en las soluciones de Derecho internacional privado, donde se tiende a privilegiar el uso de supuestos de hecho amplios en los que puedan encuadrarse distintas aproximaciones. En este sentido, la norma de conflicto española determina la ley aplicable al establecimiento de la ‘filiación’ (art. 9.4 CC). Sin embargo, la existencia de distintas aproximaciones al fenómeno de la filiación en Derecho

³² Final Report: The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage. Prel. Doc. No 1 disponible en <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>

³³ Así, los ejemplos que aporta la propuesta de situaciones que deberían resolverse con sus reglas reflejan esta consideración: hijos de parejas homosexuales, hijos adoptados por un solo progenitor, etc.

³⁴ Sobre el alcance del lenguaje en la regulación de la filiación, vid. Pretelli (2022).

³⁵ Kessler (2019).

³⁶ Resulta clásica la referencia al trabajo de Bainham (1999).

sustantivo acaba también proyectándose al Derecho internacional privado, paradójicamente, sin la carga diferenciadora que dichos términos tienen. Así, por ejemplo, los trabajos de la Conferencia de La Haya prefieren utilizar el término *parentage*³⁷. Sin embargo, la propuesta de la Comisión en su versión en inglés se refiere a *parenthood*, mientras que en francés habla de *filiation y parenté*, frente a los términos de filiación y vínculo de filiación de la versión española. En este sentido, la utilización en la propuesta del término filiación resulta más adecuada ya que no predetermina cuál es el elemento relevante (verdad biológica, vínculo legal o afectivo) y pone el acento en la protección del hijo más que en la relación del progenitor(a)-padre/madre con el hijo³⁸.

II.3.2. Situación transfronteriza

Elemento fundamental para la aplicación de la propuesta es que la filiación resulte de una situación transfronteriza. Esta exigencia es relativamente habitual en los reglamentos europeos, puesto que es la condición de aplicación del art. 81.3 TFUE. Ahora bien, al igual que en otros textos, el legislador europeo no establece cómo se determina el carácter transfronterizo³⁹. En este sentido, va a ser fundamental establecer en qué consiste una situación transfronteriza, pues si un supuesto como el resuelto en *Pancharevo* claramente presenta varios elementos de extranjería para los dos Estados (dos mujeres de nacionalidades diferentes que viven en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad y pretenden hacer valer su maternidad en otro Estado miembro), otras situaciones pueden ser sólo relativamente transfronterizas (por ejemplo, si dos mujeres españolas pretenden hacer valer en otro Estado miembro su maternidad establecida conforme al Derecho español respecto de un menor nacido en España, la situación sólo tendría perfil internacional en el segundo Estado).

Una de las cuestiones habitualmente planteadas cuando se alude a la internacionalidad del supuesto es la de si la sola voluntad de las partes puede ser elemento suficiente para internacionalizarlo. Consideraciones de este tipo pueden suscitarse cuando estemos ante situaciones de las que se configuran como ‘turismo reproductivo’, en las que los/las progenitores/as se desplazan a otro Estado para un tratamiento de fertilidad y el/la hijo/hija nace en ese país sin que hayan llegado a establecer ahí su residencia. Si el

³⁷ <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (en inglés, pero con referencia a *filiation/maternité de substitution* en francés).

³⁸ Opción que responde mejor a la perspectiva del hijo, tal como indica Pretelli (2022: 6).

³⁹ Este es uno de los elementos que se apunta en el párrafo 21 de la Resolución del Senado francés (cit. *supra* nota 19).

Estado de nacimiento permitiera determinar la filiación respecto de ambos/as progenitores/as (a pesar de no ser nacionales de dicho Estado), desde el punto de vista del Estado de origen de esa pareja, la filiación resultante podría entenderse obtenida en fraude de ley. Esta circunstancia (completada, en su caso, con el reconocimiento de las expectativas legítimas de las partes) ha estado presente en la aproximación al reconocimiento de situaciones desde la perspectiva académica⁴⁰, pero también en la normativa⁴¹. Y resulta llamativo que en la propuesta no se plantee en ningún momento al menos una reflexión sobre este aspecto. Probablemente desde una perspectiva de mercado único, donde también pueden incluirse los servicios reproductivos, no resulta posible introducir consideraciones de esta índole, pero conviene recordar cómo, salvando todas las distancias, el fraude de ley no ha dejado de invocarse en materia de libertad de establecimiento de sociedades en la Unión⁴². Tal vez se confíe en que la intervención del TJUE cubra las posibles dudas sobre este elemento esencial para la aplicación de la propuesta.

II.4. Ámbito de aplicación espacial

La propuesta sigue el modelo de otros reglamentos, por lo que el ámbito de aplicación de sus normas en materia de ley aplicable es universal (art. 16), pudiendo remitir a la ley de cualquier Estado, pero sólo se aplica al reconocimiento de resoluciones o documentos auténticos sobre filiación originados en los Estados miembros, de modo que los provenientes de terceros Estados no quedan cubiertos por sus reglas (art. 3.3). Ello implica que el reconocimiento de situaciones extra-UE quedará sujeto a las reglas nacionales de cada Estado miembro, con un doble sistema de reconocimiento de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros.

⁴⁰ *Supra* notas 24-26. Fulli-Lemaire (2022: 285-287).

⁴¹ Aunque no se refieran específicamente a la filiación, puede verse el artículo 10:9 del código civil holandés (consultado en <https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2022-10-01>) establece el reconocimiento de la situación creada conforme a las normas de DIPr del Estado de origen (incluso en derogación de lo previsto por la norma de DIPr neerlandesa) si no hacerlo supusiera una vulneración de las expectativas de las partes o de la seguridad jurídica. Por su parte, el artículo 45 de la LDIP (*Loi fédérale sur le droit international privé*, de 18 diciembre 1987) suiza impone el reconocimiento del matrimonio válidamente celebrado en el extranjero con un límite de fraude de ley si ambos cónyuges fueran suizos o tuvieran su residencia habitual en Suiza. El reciente proyecto de un Código de DIPr francés incorpora igualmente en su artículo 2.35 una regla general de reconocimiento sujeta a la constitución de esa situación conforme al Derecho del Estado de origen, con el que la situación debe presentar vínculos, para asegurar el respeto de las previsiones legítimas de las partes, salvo que dicho reconocimiento fuera contrario al orden público (consultado en http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_code_DIP_mars_2022%20.pdf).

⁴² Carrascosa González (2020: 190-191).

Esta delimitación resulta coherente con la línea seguida en otros reglamentos europeos, sin embargo, a diferencia de lo que sucede con las decisiones de carácter mercantil, cuya circulación dentro de la Unión puede no resultar tan necesaria, el ‘traslado’ del estatuto personal sí puede ser relevante, por lo que la delimitación entre la entrada al espacio europeo y la circulación dentro del espacio europeo resulta algo forzada. En este sentido debe tenerse en cuenta que buena parte de los supuestos de gestación subrogada se producen en terceros países (California, Ucrania, Rusia)⁴³ y si bien en la mayoría de los casos son situaciones en las que los progenitores son ambos nacionales del Estado donde se solicita el reconocimiento de esta filiación, no es improbable que se susciten situaciones con vínculo intra-UE. Podemos pensar en una pareja franco-española con hijo nacido en California que, conforme al Derecho francés, inscribe la filiación en Francia respecto del progenitor genético y posteriormente el otro progenitor adopta al hijo. Si quisieran mudarse a España e inscribir en el Registro civil al hijo ¿qué se reconocería, la sentencia de California respecto del progenitor biológico conforme a las normas españolas (la Ley de cooperación jurídica internacional) y la sentencia de adopción nacional francesa según la propuesta? ¿o habría que reconocer la sentencia californiana respecto de ambos progenitores?

Por otra parte, la propuesta también deja fuera de su ámbito de aplicación espacial el reconocimiento de documentos probatorios sin fuerza vinculante obtenidos en terceros países (*v.gr.* una partida de nacimiento canadiense). Al quedar remitida la cuestión a los Estados miembros, cabe preguntarse entonces si en estos supuestos éstos podrían mantener el modelo del reconocimiento conflictual, *i.e.* la aplicación de la norma de conflicto del foro para ‘validar’ la situación constituida en el extranjero. Pero, como se verá *infra*, dado el alcance universal de las normas de conflicto de la propuesta, este aspecto resultaría (involuntariamente) armonizado por el legislador europeo, lo que parece llevar este texto más lejos de lo aparentemente previsto.

Estas breves consideraciones ponen de manifiesto la inconsistencia de la delimitación de la aplicación espacial de la propuesta, cuyas soluciones pueden tener lógica desde la perspectiva de la integración europea, pero no desde la de los particulares.

⁴³ Baste a estos efectos recordar los supuestos que han dado lugar a los casos más mediáticos, como el resuelto por el Tribunal Supremo español, la Cassazione italiana (*vid. supra* nota XX) o el TEDH en el asunto *Mennesson c. Francia* (sentencia de 26 de junio de 2014, Application n. 65192/11) sobre filiación resultante de gestación subrogada en California; las instrucciones de febrero de 2019 de la (entonces) DGRN sobre filiación establecida en Ucrania respecto de menores gestados en aquel país (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019), o el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, Application n. 25358/12), respecto de menor nacido en Rusia.

III. REGLAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Como es tradicional en los textos de la UE, la propuesta comienza con unas reglas sobre competencia judicial internacional (referida a un órgano jurisdiccional o que ejerza funciones judiciales). Dicha competencia se otorga con carácter alternativo a los órganos del Estado miembro en donde se localice alguna de las conexiones previstas en el art. 6 en el momento en que se someta la cuestión al órgano jurisdiccional, concretadas en la residencia habitual o la nacionalidad del hijo/hija o de cualquiera de los progenitores, la residencia habitual del demandado o el lugar de nacimiento del hijo/hija. Si la competencia no pudiera fijarse conforme a estos criterios, subsidiariamente la propuesta propone el foro de la presencia del hijo/hija (art. 7, se entiende que al momento de plantear la demanda) y el foro residual (art. 8, *i.e.* las reglas de competencia judicial internacional de cada Estado miembro). En última instancia, y con carácter excepcional, la propuesta también prevé la posibilidad de abrir un foro de necesidad en un Estado miembro que tenga una vinculación suficiente con el asunto (art. 9).

El art. 10 incluye una regla sobre cuestiones incidentales, de manera que el tribunal que esté conociendo de un asunto fuera del ámbito de aplicación material del reglamento cuya resolución dependa de una cuestión incidental relativa a la filiación, podrá resolver dicha cuestión (a pesar de no tener competencia judicial internacional conforme a las reglas del reglamento) a los solos efectos de ese procedimiento. A estas reglas se añaden las habituales disposiciones de los reglamentos de la UE: control de oficio de la competencia (art. 12), reglas de admisibilidad o control de la correcta notificación del demandado en rebeldía (art. 13), litispendencia (art. 14) y derecho del niño a expresar su opinión (art. 15).

Las reglas de competencia judicial internacional van a ser relevantes de cara a la determinación judicial de la filiación (*v.gr.* acciones de filiación, de impugnación de la paternidad), aunque de manera indirecta también son presupuesto para la aplicación de las reglas de reconocimiento de documentos públicos que determinan la filiación (conforme al art. 35 deberán haberse formalizado o registrado en un Estado miembro que ejerza su competencia conforme al capítulo II)⁴⁴. El listado de foros posibles y las distintas

⁴⁴ El Grupo de Marburgo (§§ 19-26) indica que sería conveniente que el legislador europeo aclarara con más precisión qué autoridades pueden considerarse 'órgano jurisdiccional' y están vinculadas por estas reglas de competencia, puesto que hay más autoridades que las judiciales que pueden estar involucradas en el establecimiento de la filiación (en particular, encargados de registros civiles).

soluciones por defecto reflejan una política favorable al acceso a los tribunales, con criterios que indican una vinculación suficiente entre el tribunal y el objeto del litigio. En este sentido no parece que los foros puedan suscitar mucha crítica, puesto que se acercan a las soluciones ahora vigentes en los Estados miembros⁴⁵.

Conviene recordar que, como sucede en los reglamentos europeos, la competencia judicial internacional de la autoridad del Estado de origen no se controla, por lo que si estas reglas no se han respetado no se puede invocar esa falta de jurisdicción para oponerse al reconocimiento, teniendo en cuenta que, además, se prohíbe utilizar el orden público a estos efectos de control de la competencia judicial internacional (art. 40).

IV. REGLAS DE LEY APLICABLE

Como primera opción para determinar la ley aplicable, el art. 17 establece la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona que dé a luz en el momento del nacimiento o, cuando no pueda determinarse la residencia de esta persona, la ley del Estado de nacimiento del hijo o la hija. Pero si esta solución no permitiera establecer la filiación respecto de otro/a progenitor/a, para establecer esta última se podrá aplicar la ley de la nacionalidad del primer o segundo progenitor o la ley del Estado de nacimiento del hijo o hija. En esta segunda hipótesis no se concreta temporalmente la conexión, lo que permite entender que dependerá del momento en el que se plantee la demanda/solicitud de establecimiento de la segunda filiación⁴⁶. Además, se garantiza el mantenimiento de la filiación establecida en un Estado miembro señalando que un cambio de ley aplicable no afectará a dicha filiación (art. 19), norma claramente finalista⁴⁷ pero cuyo alcance parece limitado en la medida en que la conexión del art. 17.1 está fijada en el tiempo (por lo que no habría conflicto móvil posible⁴⁸) y sólo podría invocarse respecto del apartado 2, es decir, para garantizar la doble filiación por un cambio de nacionalidad. Curiosamente

⁴⁵ Así, el art. 22 *quater* LOPJ, el art. 61 del *Code de Droit international privé* belga (consultado en <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2004/07/16/2004009511/justel>), o el art. 37 (sección 104) de la ley húngara de Derecho internacional privado (consultada en https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/106778/131132/F303261621/J2017T0028P_201801_02_FIN.pdf).

⁴⁶ Como puede deducirse del considerando 52 de la propuesta, la autoridad que determina la segunda filiación no tiene por qué ser del mismo Estado miembro donde se estableció la primera, aunque en todo caso la segunda deba asumir competencia judicial internacional en virtud de las reglas europeas.

⁴⁷ Esta solución recuerda la que establece el art. 16 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, que determina cómo una vez establecida la responsabilidad parental respecto de un progenitor sobre el menor, ésta no se pierde por un cambio de la ley aplicable.

⁴⁸ El considerando 54 también alude a un cambio de residencia habitual, opción que, dada la fijación de la conexión del art. 17 al momento del nacimiento, podría tener sentido no en supuestos de conflicto móvil sino en situaciones de modificación de las normas materiales de dicha ley.

la propuesta no contempla otras situaciones en las que podría ser relevante abrir el abanico de reglas aplicables, como sucede actualmente en las normas de DIPr de los Estados miembros⁴⁹.

La propuesta considera en el art. 20 las condiciones de validez formal respecto de la determinación de la filiación que resulte de un acto unilateral, como un reconocimiento de paternidad, e incluye las habituales reglas sobre prohibición del reenvío (art. 21), orden público (art. 22) y sistemas plurilegislativos (art. 23)⁵⁰.

Que las reglas sobre ley aplicable reflejan claramente la orientación de las soluciones de la propuesta, queda también claro en el enfoque (estricto) que se hace del orden público: la norma aplicable debe ser manifiestamente contraria al orden público y debe interpretarse de conformidad con los derechos fundamentales y la prohibición de discriminación (art. 22). Explica la propuesta que ello implica que no se puede denegar la aplicación de la ley de otro Estado que permita establecer la filiación respecto de dos progenitores del mismo sexo, por lo que la posibilidad de oponerse a la aplicación de una ley extranjera queda notablemente circunscrita en materia de familias ‘arcoiris’. Pero, de nuevo, esta aproximación puede desenfocar las soluciones para el resto de supuestos de filiación. Por ejemplo, ¿podría un Estado invocar que no aplica una ley porque, en materia de reconocimiento del hijo, no se ha obtenido el consentimiento conforme de éste (en una solución similar a la del art. 123 CC)? ¿o si la ley aplicable no permitiera investigar la paternidad, o limitara los medios de prueba (excluyendo la prueba biológica) o estableciera plazos muy breves para el ejercicio de una acción de filiación? ¿o porque permitido establecer la filiación tras una fecundación *post-mortem*?⁵¹. En otros términos, la contrariedad con el orden público puede cubrir muchas otras situaciones de incompatibilidad con principios fundamentales del ordenamiento. El hecho de que sólo se aclare el alcance de la cláusula respecto de una situación concreta, confirma la

⁴⁹ Así, en Derecho español, el art. 9.4 CC introduce tres conexiones en cascada para favorecer el establecimiento de la filiación (ley de la residencia habitual del hijo, ley nacional o *lex fori*); el art. 18 (sección 32) de la ley húngara de DIPr incluye una cláusula de cierre a favor de la ley más vinculada si es más favorable para determinar la filiación; o el art. 33 de la *Legge* n. 218 italiana, que también prevé la aplicación de la *lex fori* como cláusula de cierre si la ley aplicable no permitiera la impugnación de la paternidad. De nuevo, el Grupo de Marburgo incide en la limitación de la propuesta para abordar las muy diversas situaciones que se suscitan en la práctica (§§ 67-87).

⁵⁰ El art. 23 remite a las normas de conflicto internas del Estado miembro cuya ley resulte aplicable según las reglas europeas para determinar cómo se resuelve el conflicto interno; en ausencia de dichas normas, la solución pasa por concretar directamente las conexiones del reglamento; en ningún caso la propuesta pretende sustituir a las reglas estatales cuando el supuesto sea estrictamente interno.

⁵¹ Posibilidad admitida en el Derecho español que sin embargo suscita fuerte oposición en otros sistemas, *vid.* Herrera (2017).

regulación finalista que se hace de esta situación. Como es habitual en los textos europeos, tampoco se establece cuál sería la consecuencia de aceptar la cláusula de orden público, lo que resulta especialmente complejo en situaciones como estas, donde el establecimiento de la filiación debe ponderarse con el principio del interés superior del menor.

Las reglas propuestas merecen algunas reflexiones. La primera, relativa a la conexión principal escogida para establecer la ley aplicable, la residencia habitual de la persona que da a luz (nótese que no se indica la mujer, indicando la apuesta del texto por abarcar el mayor número posible de situaciones). Si no pudiera determinarse la residencia habitual, entonces se aplica la ley del Estado de nacimiento del hijo. Las normas de conflicto en materia de filiación de los Estados miembros apuntan a otras conexiones como la nacionalidad de la madre⁵² o a conexiones centradas en el menor, *v. gr.* su nacionalidad o su residencia habitual⁵³. Las críticas que se han realizado al criterio de la nacionalidad como punto conexión, en particular si atiende solo a uno de los progenitores, explican que se haya preferido optar por la residencia habitual, aunque esta conexión no esté exenta de dificultades, en particular su determinación (como implícitamente se reconoce al incorporar una segunda regla para el caso de que no pudiera determinarse la residencia)⁵⁴. Resulta interesante en este sentido comprobar cómo el informe del grupo de expertos de la Conferencia de La Haya propone inversamente las conexiones: se aplicaría la ley del lugar de nacimiento del hijo y como regla subsidiaria la ley de la residencia de la persona que da a luz si los futuros progenitores no tienen la residencia en el Estado de nacimiento⁵⁵. Resulta claro que el legislador europeo está contemplando la

⁵² El sistema francés atiende a la ley personal de la madre al momento del nacimiento del niño, y si la madre no fuera conocida, a la ley personal del hijo (art. 311-14 CC francés); por su parte, el art. 56 CC portugués se fija en la ley personal del progenitor al tiempo del nacimiento, con una regla especial para la determinación de la filiación del hijo de mujer casada, que atiende a la nacionalidad común de los cónyuges o, en su defecto, a la residencia habitual común, o como cláusula de cierre, a la ley personal del hijo.

⁵³ Art. 9.4 CC español establece conexiones en cascada partiendo de la ley de la residencia habitual del hijo, y si ésta no permitiera determinar la filiación, la ley nacional del hijo, y como cláusula de cierre, la *lex fori*. También la ley suiza de DIPr parte en principio de la aplicación de la ley de la residencia habitual del hijo (art. 68) al tiempo del nacimiento (art. 69); el art. 19 EGBGB alemán aplica la ley residencia del hijo y la de la nacionalidad de los progenitores para determinar la filiación respecto de cada progenitor o la aplicable a los efectos del matrimonio así como una regla especial para la impugnación en el art. 20 EGBGB. Las leyes de Derecho internacional privado italiana (art. 33 de la *Legge* n. 218) y belga (art. 62 del *Code de Droit international privé*) siguen un modelo más tradicional, fundado en la nacionalidad del hijo.

⁵⁴ Válková (2022: 893) apunta las dificultades que pueden encontrar en este sentido los encargados de los registros civiles. Menos crítico con la conexión es el Grupo de Marburgo (§§ 65-66), aunque sí lo es respecto de la fijación temporal de la conexión, puesto que obliga a resolver todo supuesto de filiación con una ley fijada al momento del nacimiento, cuando ésta puede no ser la más vinculada un tiempo después (por ejemplo, para un reconocimiento de paternidad).

⁵⁵ Informe final, parágrafo 57, p. 19.

solución de la ley aplicable desde la perspectiva que para el grupo de expertos resulta la excepción, *i.e.* los supuestos donde la vinculación con el lugar de nacimiento es menos intensa.

En segundo lugar, resulta llamativa la aproximación que se hace al *favor filiationis*. El art. 17 sólo contempla la posibilidad de acudir a otra ley para asegurar una segunda paternidad/maternidad, si la ley aplicable sólo permite establecerla respecto de un/a progenitor/a. Este enfoque contrasta con otras soluciones nacionales, como el art. 9.4 CC, que introduce dos conexiones adicionales en cascada para garantizar el establecimiento de la filiación, o el art. 33 de la ley italiana que incorpora una conexión subsidiaria para la impugnación de la paternidad. En otros términos, la propuesta refleja una concepción del *favor filii* centrada en los modelos familiares ‘arcoiris’ pero no atiende a otros intereses igualmente valiosos, como podría ser el establecimiento de la verdad biológica.

Cierto es que el supuesto de hecho del art. 17 se refiere a la determinación de la filiación, que se interpreta en el art. 18 en el sentido de incluir tanto la determinación como la impugnación de la filiación, del mismo modo que se interpreta el art. 9.4 CC, pero distanciándose de otras reglas como la citada italiana o el §20 del EGBGB alemán, que incluyen normas de conflicto específicas para la impugnación de la filiación. El problema del art. 17.2 es que su supuesto de hecho se circunscribe a la imposibilidad de que la paternidad/maternidad quede determinada respecto de dos progenitores/as, por lo que esta segunda conexión no ofrecería la vía para impugnar la filiación legal (*v. gr.* la paternidad del marido) establecida conforme a la primera conexión. En otros términos, la regla propuesta favorece el establecimiento de la filiación intencional, pero no tanto la consecución de la verdad biológica, lo que puede ser problemático en un contexto en el que crecientemente la verdad biológica y el conocimiento del propio origen se configuran como parte del derecho a la identidad de la persona.

Por último, la armonización conflictual facilita el reconocimiento de la filiación establecida en otro Estado miembro pues, aunque no sea posible controlar la ley aplicada, se presume que se utilizaron las reglas europeas para establecer la filiación. Pero al mismo tiempo puede tener un efecto inesperado en la medida en que una norma de conflicto de alcance universal resulta armonizada también para su aplicación a situaciones fuera del ámbito espacial de la propuesta. De manera que si un Estado miembro decidiera aplicar un reconocimiento conflictual a la filiación establecida por ministerio de la ley en un tercer Estado (fuera del ámbito de aplicación de la propuesta), tendría que aplicar una

norma europea armonizada, con las condiciones de aplicación de dicha norma (*i.e.* sólo podría oponerse el orden público y no serían aceptables otras consideraciones como el fraude de ley). En otros términos, el alcance conflictual de la propuesta se proyectaría a situaciones que están fuera de su ámbito de aplicación⁵⁶.

V. REGLAS DE RECONOCIMIENTO

Los capítulos IV a VI regulan el objeto último de la propuesta, *i.e.* los mecanismos que permiten que la filiación determinada en un Estado miembro pueda ‘trasladarse’ sin obstáculos a otro Estado miembro, bien reconociendo el título por el que se establece la filiación, bien aceptando certificaciones que prueban dicha filiación establecida en otro Estado miembro. La propuesta incluye en el capítulo IV reglas sobre el reconocimiento de decisiones judiciales y documentos auténticos, en el capítulo V reglas sobre aceptación de documentos públicos sin efectos jurídicos vinculantes y en el capítulo VI introduce el establecimiento de un certificado europeo de filiación. Los capítulos V y VI son de particular importancia cuando la filiación se ha establecido por ministerio de la ley, sin intervención de autoridad, puesto que permiten probar la filiación establecida en otro Estado miembro. Premisa tácita de este reconocimiento es que todos los Estados miembros compartan las mismas normas de conflicto para establecer la filiación⁵⁷.

V.1. Reconocimiento de decisiones judiciales y documentos auténticos

El reconocimiento de resoluciones judiciales es automático (*i.e.* sin necesidad de un exequatur), en particular a efectos registrales (art. 24) aunque es posible iniciar un procedimiento a título principal para que se establezca si la resolución puede o no ser reconocida en el Estado requerido (art. 25 y 32 ss). Para poder invocar la resolución en otro Estado miembro, la parte deberá aportar copia de la resolución y el certificado del anexo I emitido en el Estado de origen (aunque en determinadas circunstancias podría

⁵⁶ Así, por ejemplo, en el asunto que resolvió la DGSJPF Pública (Registro Civil) de 29 de marzo de 2021 (37ª) I.1.1 – (Boletín del Ministerio de justicia número 2247 p. 44) dos mujeres argentinas no casadas, una de ellas además españolas, tuvieron una hija por TRHA en Argentina; ahí se inscribe con doble filiación materna y cuando pretenden hacerlo en España, se invoca que no es posible por no estar casadas, tal y como establece la LTRHA. Pero la DGSFJ entiende que resulta aplicable el art. 9.4 CC, y por la RH de la hija en Argentina, el Derecho argentino, que no resultaría contrario al Derecho español en la medida en que se admite la doble filiación materna (aunque condicionada al matrimonio), estableciendo que el orden público por el contrario sí exige buscar el interés superior del menor. Con la propuesta, resultaría igualmente aplicable el Derecho argentino (como ley de la residencia de la madre que da a luz), aunque ésta sea una situación fuera del ámbito de aplicación territorial de la propuesta.

⁵⁷ Vid. supra nota 22.

eximirse de la presentación de estos documentos, art. 27). Este certificado puede ser objeto de rectificación en el Estado de origen (art. 30). En los arts. 32 a 34 se regula el procedimiento de denegación de reconocimiento, en líneas parecidas a las previstas en otros Reglamentos de la UE.

Igualmente los documentos auténticos (*v. gr.* escritura notarial de reconocimiento de filiación) emitidos por autoridad competente según las reglas del capítulo II y que tengan efecto jurídico vinculante se reconocerán sin procedimiento alguno (art. 36). Para su reconocimiento el documento deberá ir acompañado de la pertinente certificación expedida por el Estado de origen (art. 37). Al igual que en el supuesto anterior, la certificación podrá ser rectificada (si se constatan errores) o revocada (si se emitió indebidamente, art. 38). Es importante insistir en que la propuesta delimita su ámbito de aplicación en este punto del Reglamento (UE) 2016/1191, sobre presentación de documentos públicos en otros Estados miembros⁵⁸. Si ambos textos afectan a los documentos públicos en materia de filiación, este último se refiere sólo a la autenticidad y lengua de dichos documentos, pero no al reconocimiento de su contenido o efectos en otro Estado miembro⁵⁹. Igualmente, la propuesta salvaguarda la aplicación de convenios internacionales que puedan incidir en la materia, como los convenios nº 16, 33 y 34 de la Comisión internacional sobre estado civil (CIEC)⁶⁰.

En ambos casos, respecto de resoluciones judiciales o documentos auténticos, es posible oponerse al reconocimiento invocando alguna de las excepciones previstas en los arts. 31 y 39 respectivamente, que contemplan (a) contrariedad manifiesta con el orden público (considerando el interés del menor y la protección de los derechos fundamentales, en particular a la no discriminación –art. 31.2); (b) defectos en la notificación que han impedido que la persona haya podido defenderse debidamente; (c) la falta de audiencia de personas que consideran que su derecho de paternidad o maternidad se vulnera y no han sido escuchadas; (d) incompatibilidad con una resolución posterior de otro Estado miembro o de un tercer Estado que pueda ser reconocida⁶¹. Se añade además que la falta

⁵⁸ Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento y del Consejo de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento 1024/2012 (DOUE L 200/1 de 26 de julio de 2016). La limitación espacial es importante, ya que el Reglamento no contempla la circulación y reconocimiento de los certificados emitidos por autoridad de tercer Estado aunque se hayan aceptado en otro Estado miembro (art. 2.3.a).

⁵⁹ Considerando 9.

⁶⁰ Considerando 84 y art. 66.

⁶¹ Para los documentos públicos esta última causa de oposición se limita a documentos provenientes de otro Estado miembro.

de audiencia del hijo (salvo que sea contrario a su interés superior) puede constituir también un motivo de rechazo, considerando en todo caso la madurez del niño si no ha alcanzado los 18 años (art. 31.3 y 39.3)⁶². Como es habitual en los reglamentos europeos, la propuesta establece que no se puede controlar la competencia del juez de origen (art. 40) ni la ley aplicada (art. 41).

Para valorar estas reglas resulta interesante compararlas con las propuestas del informe final del grupo de expertos de la Conferencia de La Haya. Conviene recordar que estos trabajos diferencian entre reconocimiento de filiación y supuestos resultantes de gestación subrogada. En relación con la primera, tanto en la UE como en la Conferencia es claro el consenso en cuanto al reconocimiento de resoluciones judiciales por las que se establece (o impugna) la filiación. El informe considera la posibilidad de incluir normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable como vías para favorecer el reconocimiento de las resoluciones, pero se constata la dificultad de alcanzar un acuerdo sobre estos aspectos. De ahí que sólo se contemplen reglas de competencia judicial indirecta, a efectos de supeditar el reconocimiento de resoluciones al respeto de alguno de esos foros (Estado de la residencia habitual del hijo, o de los demandados en el momento en el que se inicia la acción). Se prevén causas de oposición al reconocimiento tradicionales: orden público considerado el interés superior del menor, notificación defectuosa, fraude procesal y concurrencia de decisiones contradictorias; la relevancia de la audiencia del menor, por el contrario, resulta más controvertida⁶³.

En materia de gestación subrogada también parece que sería posible el reconocimiento de resoluciones judiciales, que podría quedar sujeto a reglas de competencia judicial indirecta, en concreto, la proveniencia de la decisión del Estado de residencia habitual de la madre subrogada (que correspondería normalmente con el de nacimiento del niño)⁶⁴. A esta condición se añadirían las soluciones habituales para el reconocimiento de resoluciones extranjeras (orden público considerando el interés superior del menor), fraude y otras razones procesales, así como otras posibles causas de

⁶² El derecho del hijo a expresar su opinión se establece en el art. 15 para los procedimientos de filiación, pero no en el caso de (emisión de) documentos auténticos aunque en este último supuesto se entiende que dicha audiencia puede ampararse en otras disposiciones como el art. 24 de la CDFUE (considerando 66). En todo caso, la falta de audiencia no puede implicar la denegación automática del reconocimiento. El Grupo de Marburgo (§§ 112-139) es bastante crítico con las causas de oposición, tanto por las elegidas como por su alcance.

⁶³ Informe final, párrafos 37-52.

⁶⁴ Criterio cuya ausencia se contemplaría también como posible causa de oposición al reconocimiento (párrafos 95-97).

oposición opcionales para hacer más atractivo el Protocolo, como la exigencia del consentimiento de la madre gestante o la regulación del acuerdo de gestación⁶⁵.

Es probablemente en este segundo supuesto donde mejor se observan las discrepancias entre las soluciones de la propuesta y la Conferencia de La Haya, con una casi ausencia de salvaguardas adicionales en el marco de la Unión frente a las cautelas del informe del grupo de expertos. Puede entenderse que en un contexto de integración no resulte apropiado introducir elementos como el fraude, pero limitar las causas de oposición al reconocimiento a las habitualmente utilizadas en los Reglamentos europeos no elimina el problema que subyace a la inclusión de otras excepciones, como el citado fraude, en una materia con tantos matices como la filiación. Ello se traducirá, probablemente, en una mayor invocación del orden público, a pesar de la voluntad del legislador europeo de que su aplicación sea restringida⁶⁶.

V.2. Aceptación de documentos públicos sin efectos jurídicos vinculantes

En el capítulo V se aborda la ‘aceptación’ de documentos públicos que no determinan la filiación (a diferencia de una sentencia o una escritura pública) pero que tienen efectos probatorios y acreditan la filiación determinada en un Estado miembro, *v.gr.* certificados de nacimiento o certificación que acredite la filiación. El capítulo también cubre los certificados relativos a actos distintos de la determinación de la filiación (como, por ejemplo, el reconocimiento de la paternidad o la concesión del consentimiento al establecimiento de la filiación)⁶⁷.

El objetivo fundamental del capítulo es asegurar que dichos documentos tendrán en todos los Estados miembros el mismo efecto probatorio que tienen en el Estado de origen, o el más parecido posible y siempre que no sea contrario al orden público del Estado miembro donde se presenten (art. 45). Para una mejor ‘circulación’ de estos documentos se prevé el uso del formulario del anexo III, que confirma el valor probatorio en el Estado de origen. El mismo art. 45 regula la posibilidad de interponer recurso respecto de la autenticidad del documento ante las autoridades del Estado miembro de

⁶⁵ Informe final, párrafos 98-109.

⁶⁶ En este sentido, el informe final del grupo de expertos de la Conferencia de La Haya (párrafo 116) explicita cómo la inclusión de condiciones para el reconocimiento de situaciones como las resultantes de gestación subrogada, implicaría reducir el recurso al orden público y favorecer la seguridad jurídica. En esta misma línea se manifiesta Fulli-Lemaire (2022: 325-326).

⁶⁷ La distinción entre reconocimiento y aceptación se introdujo con el Reglamento (CE) 650/2012, de sucesiones, y se retomó en los reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas.

origen, así como recurso relativo a los actos o relaciones jurídicas consignados en el documento, que debe plantearse ante las autoridades previstas en el Reglamento y conforme a las normas de conflicto del capítulo III.

Este enfoque contrasta con las alternativas que se han manejado en la Conferencia de La Haya para estos supuestos: bien el reconocimiento conflictual, bien un mecanismo de ‘reconocimiento’. Las indicaciones del grupo de expertos reflejan las incertidumbres sobre la conveniencia y viabilidad del reconocimiento de filiación establecida en el extranjero por ministerio de la ley e incorporada en un documento público (v.gr. acta de nacimiento). En el caso del reconocimiento conflictual se valoran cuáles serían las conexiones adecuadas para lograr una vinculación razonable y evitar abusos (v. gr. la ley del lugar de nacimiento como regla general, la ley del Estado de residencia habitual de la persona que da a luz si ninguno de los progenitores reside habitualmente en el lugar de nacimiento, y como cláusula de cierre, la ley de la residencia habitual del hijo⁶⁸). Como alternativa, respecto del mecanismo de reconocimiento se consideran la posibilidad de otorgarlo cuando se verifiquen ciertas condiciones como la proximidad y/o la aplicación correcta de la ley aplicable⁶⁹. En ambos casos los expertos constatan las profundas diferencias que existen entre los Estados, que suscitan dudas sobre la viabilidad de alcanzar un acuerdo en este punto⁷⁰. En este sentido, la propuesta europea supera las dificultades planteadas en el contexto de la Conferencia de la Haya al partir de soluciones conflictuales comunes pero, como se vio supra, el reconocimiento de estos documentos se basará más en el hecho de provenir de una autoridad de un Estado miembro que de un real control de la ley aplicable por dicha autoridad del Estado de origen.

Resulta también conveniente apuntar cómo las reglas de la propuesta europea, a pesar de su finalidad simplificadora, no eliminan todos los problemas del reconocimiento de estos certificados. Uno de ellos, que se aborda en el considerando 74 de la propuesta, es el de la concurrencia de documentos públicos sin efectos vinculantes incompatibles (v. gr. el hijo consta como de dos madres en un Estado y el padre biológico/genético obtiene determinación de la paternidad en otro Estado). Si ambos se presentaran ante autoridad de un Estado miembro, conforme al citado considerando, será la autoridad del Estado requerido la que determine, en atención a las circunstancias del caso, cuál debe prevalecer. Si no pudiera establecerse así, deberá resolverse por la vía judicial competente

⁶⁸ Informe final, párrafos 54-59.

⁶⁹ Informe final, párrafos 60-61.

⁷⁰ Informe final, conclusión nº 5.

en virtud de las reglas de la propuesta (o de forma incidental por el órgano jurisdiccional que conozca del proceso en el que se invoca dicho documento).

V.3. El orden público

De los distintos motivos que se contemplan en la propuesta como causa de oposición al reconocimiento de una resolución o documento auténtico, y con carácter exclusivo para los documentos públicos sin efectos vinculantes, el que merece más atención en la exposición de motivos y los considerandos es el orden público. Siguiendo una línea tradicional en relación con esta cláusula, se reitera que se trata de una excepción de interpretación restrictiva (*manifiestamente* contrario al orden público) y que viene modulada por el respeto a los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE, en particular el art. 21 sobre no discriminación (considerandos 56 y 75 y art. 45).

La exposición de motivos indica claramente que el orden público no puede servir como justificación para oponerse al reconocimiento de la filiación respecto de parejas homosexuales simplemente por el hecho de que la pareja sea del mismo sexo, o si resulta de la adopción por un solo hombre. Esta es una justificación ‘abstracta’ que no tiene cabida en la propuesta. Por el contrario, la valoración del orden público debe hacerse en el caso concreto. En sentido afirmativo se indica que podría activarse si se han vulnerado los derechos fundamentales de una persona en la concepción, el nacimiento o la adopción del hijo o de la hija o en la determinación de la filiación⁷¹.

En materia de reconocimiento de resoluciones judiciales o documentos públicos se indica, además, que el orden público se debe aplicar ‘teniendo en cuenta el interés del hijo o de la hija’ (art. 31.1.a), cláusula que no aparece en la oposición al reconocimiento de documentos públicos sin efectos vinculantes (art. 45). Señala el considerando 62 que los motivos de denegación del reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario, habida cuenta del objetivo subyacente del texto, *i.e.* facilitar el reconocimiento de la filiación y proteger de forma efectiva los derechos del hijo o de la hija y el interés superior del menor en situaciones transfronterizas, lo que podría entenderse como que el interés superior del menor pasa por el reconocimiento de la filiación frente a una posible concurrencia con el orden público⁷².

⁷¹ Exposición de motivos, p. 16.

⁷² El Grupo de Marburgo es crítico con la referencia al interés superior del menor precisamente porque pueda reforzar las consideraciones sustantivas contrarias al reconocimiento de la filiación (§ 127).

La tensión entre orden público e interés superior del menor es uno de los problemas que aparece continuamente cuando se aborda el reconocimiento de la filiación, puesto que el interés superior del menor debe ser la consideración prevalente, pero el orden público atiende a intereses públicos, en particular la concepción de la familia, que también puede responder a exigencias constitucionales e invocarse como parte de la identidad (cultural) de un Estado. Por ello no parece correcto sostener que el interés superior del menor es un ‘límite’ que permite bloquear el orden público internacional del Estado requerido en aras a asegurar siempre el reconocimiento de la filiación⁷³. Más bien se debe buscar un equilibrio entre los intereses públicos nacionales y el derecho a la vida privada y familiar (teniendo en cuenta qué sucedería si no se reconoce la filiación desde el punto de vista de la identidad del hijo). Y esta ponderación es particularmente importante cuando en una materia como ésta no se ha logrado un consenso acerca de qué modelos familiares y relaciones de filiación merecen la protección de los ordenamientos nacionales.

Este tipo de consideraciones se aprecia con claridad en la jurisprudencia del TEDH en su interpretación dinámica del art. 8 CEDH, que va ajustándose al momento en que debe ser aplicado, teniendo en cuenta otros textos internacionales y la evolución en los Estados contratantes sobre la cuestión litigiosa. De este modo, la jurisprudencia sobre el art. 8 CEDH en temas de filiación no impone a los Estados contratantes la obligación de modificar sus normas de reconocimiento (DIPr) pero sí de asegurar que el derecho garantizado por el art. 8 CEDH puede ser efectivo en el Estado contratante, por ejemplo, si no se reconoce la filiación establecida en otro Estado, abriendo la posibilidad de que esta filiación pueda establecerse en el Estado requerido por otra vía (*v. gr.* la adopción). El margen de maniobra que esta jurisprudencia permite a los Estados es el que fundamenta decisiones como las del Tribunal Supremo español o la *Cassazione* italiana⁷⁴.

El punto de partida de la propuesta de la Comisión, sin embargo, es mucho más beligerante a favor del reconocimiento, a pesar de la ausencia de ese consenso entre los Estados miembros. De este modo, aun manteniendo la cláusula de orden público como

⁷³ Resulta interesante el análisis que hace la Corte Costituzionale italiana en su sentencia N. 33 de 28 de enero de 2021 (ECLI:IT:COST:2021:33) sobre el interés superior del menor como un ‘derecho tirano’, y sobre el que se vuelve en la reciente sentencia de la Cassazione italiana de 30 de diciembre 2022 (para. 19). Sobre la ‘tiranía’ del interés superior del menor aplicada al reconocimiento de la filiación resulta particularmente interesante Campiglio (2021: 1418-1427).

⁷⁴ STS 31 marzo 2022, Cassazione italiana de 30 de diciembre 20223, N. 38162. Para el Senado francés, en su Resolución de marzo de 2023 (para. 34), la propuesta anularía el margen de maniobra que el TEDH ha permitido a los Estados miembros y que sustenta las recientes reformas legislativas en Francia.

salvaguada última de los Estados requeridos, se promueve una determinada concepción de los modelos familiares compatibles con el ordenamiento europeo por vía del interés superior del menor. Y tan reprochable puede ser que algunos Estados miembros no quieran admitir determinados tipos de filiación (dobles maternidades, adopciones individuales) como que la Comisión Europea pretenda imponer un modelo dentro del territorio de la Unión.

Resulta preciso encontrar un equilibrio entre la consecución de la política europea (*i.e.* favorecer el reconocimiento de la filiación en familias ‘arcoíris’) y el margen de discreción de que deben seguir gozando los Estados miembros. Las situaciones que pueden suscitar la invocación del orden público no se limitan solo a los supuestos de familias igualitarias, pues por ejemplo, el reconocimiento de la filiación resultante de gestación subrogada puede plantearse tanto en relación con parejas heterosexuales como respecto de una madre soltera, como sucedía en el asunto que resolvió el Tribunal Supremo en su sentencia de 2022. En otros términos, incluso en un país ‘moderno’ en materia de modelos familiares como España, es posible que determinados supuestos sigan suscitando las dudas sobre la compatibilidad de la situación creada en el extranjero con el orden público español. El Tribunal Supremo fundamenta su razonamiento en la vulneración de los derechos de la madre gestante y la ‘cosificación’ del hijo, *i.e.* la protección de los derechos de madre gestante e hijo estarían en la base de la oposición al reconocimiento. Este tipo de argumentos encajarían en las directrices que la propia propuesta sugiere deben acompañar la interpretación del orden público⁷⁵.

VI. CERTIFICADO EUROPEO DE FILIACIÓN

La propuesta incorpora, por último, en su capítulo VI (arts. 46-57), la posibilidad de emitir un certificado europeo de filiación que podría ‘circular’ por la Unión (en línea con lo establecido con el certificado sucesorio europeo). Se trataría de un documento que conviviría con los emitidos por las autoridades nacionales, de utilización no obligatoria pero que, de utilizarse, impediría que se solicite alternativamente en otro Estado miembro la presentación de una resolución o documento público. El certificado tendría valor probatorio, presumiéndose que prueba los aspectos acreditados conforme al Derecho

⁷⁵ Y permitiría además mantener una coherencia del sistema en la invocación del orden público a todas las situaciones de filiación resultante de gestación subrogada, con independencia de que se hayan creado dentro o fuera del territorio de la Unión.

aplicable determinado conforme a la propuesta⁷⁶. En este sentido, el art. 53, que establece los efectos que produce el certificado europeo, permitiría inscribir la filiación en el registro competente de un Estado miembro (sin perjuicio del art. 3.2.i).

La propuesta regula los aspectos procedimentales de la obtención del certificado, estableciendo que tiene la competencia para expedirlo el Estado miembro en el que se haya determinado la filiación y cuyos órganos jurisdiccionales sean competentes conforme al Reglamento (art. 48). La legitimación corresponde al hijo/a o su representante legal, que podrá solicitarlo conforme al modelo del anexo IV, incluyendo los datos que desea sean certificados (en la medida en que estén al alcance del solicitante) así como la documentación pertinente, en los términos del art. 49. Tras el examen de la solicitud (previsto en el art. 50), se emitirá el certificado según modelo del anexo V salvo que se observe que los extremos que se deben certificar son objeto de recurso o si el certificado no fuera conforme con una resolución judicial que afectara a esos mismos extremos (art. 51). El contenido (obligatorio) del certificado está regulado en el art. 52. El certificado podrá ser rectificado si se solicita por el interesado, o modificado o revisado a instancias de persona legitimada o de oficio, si su contenido no responde a la realidad (art. 55). Mientras está pendiente esta revisión podrá suspenderse el certificado (art. 57). La propuesta también contempla vías de recurso frente a las decisiones que resultan de los arts. 51, 55 y 57.1 (art. 56).

La regulación de este certificado sigue de cerca el modelo del certificado sucesorio europeo, sin aprovechar los años transcurridos desde que se implantara aquel para resolver algunas de las cuestiones que podrían plantearse igualmente con el certificado de filiación⁷⁷. Así, la propuesta no contempla qué sucedería si dos certificados, nacional y europeo, divergen en los elementos acreditados; o si es posible que, una vez emitido para ser utilizado en otro Estado miembro, produzca efectos en el Estado cuya autoridad lo emitió⁷⁸. Resulta llamativo también que se prevea la posibilidad de no emitir el certificado si está pendiente un recurso o existe una resolución judicial, regla que tiene sentido en el marco del certificado sucesorio, puesto que en este caso se prevé comunicar a los interesados que se está tramitando el certificado (art. 64 RS), pero cuya utilidad es escasa si no hay quien señale esta circunstancia a la autoridad (como es el caso en la propuesta).

⁷⁶ Considerandos 76-80.

⁷⁷ El Grupo de Marburgo es especialmente crítico con este documento y su utilidad (§§ 178-185).

⁷⁸ Puede resultar interesante comparar estos y otros aspectos en Bonomi y Wautelet (2015: 599-709).

Si bien la inclusión de un certificado de filiación puede valorarse de forma positiva, su efectiva utilidad puede quedar comprometida a la luz de las consideraciones precedentes. De hecho, en el marco de los trabajos de la Conferencia de La Haya también se aborda la posibilidad de incorporar un certificado internacional de filiación, cuya finalidad sería la de facilitar la aplicación de las reglas del convenio, en particular respecto de los problemas de traducción. Utilizar dicho certificado para otras finalidades, como la de especificar los efectos del documento público conforme al Derecho del Estado emisor, encuentra menos consenso en el grupo de expertos, salvo que se acompañara de normas uniformes de ley aplicable⁷⁹. En este sentido, parece que la propuesta de Reglamento podría resultar útil, si bien la relación con los certificados nacionales y una consideración adicional sobre las especificidades de un certificado de filiación deberían ser objeto de mayor atención.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Del análisis realizado en este trabajo puede confirmarse que la propuesta de la Comisión para regular la filiación en situaciones transfronterizas responde al ‘leitmotiv’ que impulsó su elaboración: progenitor en un Estado miembro, progenitor en todos los Estados miembros. Las soluciones que incorpora, en particular en materia de reconocimiento, reducen de forma notable la posibilidad de que determinados modelos de familia y filiación constituidos en un Estado miembro puedan verse rechazados en otro Estado miembro. Pero cabe preguntarse si el objetivo de una propuesta que regula la filiación (toda la filiación) debe venir impulsado por un problema (*v.gr.* la falta de reconocimiento de determinadas formas de establecer la filiación) y si es razonable que sus soluciones se configuren en buena medida en atención a la resolución de este problema. En este sentido, la aproximación que se hace desde la Conferencia de La Haya parece más cauta pero también más ajustada a las profundas diferencias a la hora de abordar esta cuestión entre los ordenamientos jurídicos.

Con independencia del ‘bienes’ que puedan tener sus soluciones, la propuesta se articula en torno a premisas ya asentadas en el DIPr europeo: a partir de soluciones comunes de competencia judicial internacional y Derecho aplicable, se simplifica el reconocimiento de resoluciones judiciales y de documentos (con fuerza vinculante o solo probatoria) emitidos en otro Estado miembro. Ahora bien, puede plantearse si la

⁷⁹ Informe final, párrafos 64-72.

propuesta ha valorado debidamente quiénes son los destinatarios de estas normas, en buena medida encargados de los registros civiles que no siempre son juristas y tampoco tienen formación en supuestos transfronterizos⁸⁰. En general, la labor de los operadores jurídicos no resultará simplificada por la adopción de la propuesta, ya que al limitar su ámbito de aplicación a situaciones intra-Unión Europea, obliga a mantener un doble sistema de reconocimiento de la filiación con elemento internacional (ya sea de fuente interna, ya convencional, si los trabajos de la Conferencia de La Haya llegaran a buen puerto)⁸¹.

Un reconocimiento favorecido de la filiación establecida en otro Estado miembro pasa por una reducción de las causas de oposición a dicho reconocimiento. La propuesta limita dichas causas a las ya tradicionales en los Reglamentos europeos, incorporando el derecho del hijo a ser escuchado como uno de esos motivos. Resulta evidente que, en esta materia, la causa fundamental de oposición es la vulneración del orden público del Estado requerido, cuyo alcance se circunscribe en la propuesta para evitar discriminaciones y cuya aplicación debe ponderarse con el interés superior del menor. Esta ponderación es precisamente uno de los elementos más complejos en esta materia, y la aproximación de la propuesta parecería indicar que dicho interés pasa por el reconocimiento de la filiación. Que esto sea percibido así por los Estados miembros dista de ser una realidad indiscutida, en particular en aquellos supuestos a los que la propuesta pretende atender de forma más decidida⁸².

En efecto, la configuración del orden público no se limita solo a situaciones de familias ‘arcoíris’ cuyo encaje en el ordenamiento pueda ser discutible. Como se ha apuntado en páginas anteriores, son muchos los problemas, en particular de índole ética (como la ‘cosificación’ de los hijos a la que aluden los tribunales supremos español e italiano, la aceptación de fecundaciones post-mortem, la utilización de material genético seleccionado, etc.), que intervienen en la valoración de la compatibilidad de la filiación establecida en otro país y el propio ordenamiento. Pero también otros elementos directamente vinculados con los derechos humanos, como el derecho a conocer el propio

⁸⁰ Véase por ejemplo la crítica que realizan Di Napoli et al. (2023: 28) sobre las dificultades que tienen los encargados del registro italiano para seguir y entender la jurisprudencia en materia de inscripción de menores nacidos en el extranjero como resultado de técnicas de reproducción asistida.

⁸¹ Con la paradoja indicada de que el reconocimiento ‘autónomo’ de la filiación mediante reconocimiento conflictual por un Estado miembro quedará armonizado al introducirse una norma de conflicto de aplicación universal en la propuesta.

⁸² Como resulta claramente de las resoluciones emitidas por los Senados italiano y francés, que sostienen la posibilidad de abordar estas situaciones con otras soluciones, como la adopción.

origen, son aspectos que (a diferencia de los trabajos del grupo de expertos de La Conferencia de La Haya⁸³) la propuesta no considera y pueden configurar la respuesta de los Estados. En este sentido, la propuesta resulta demasiado simplificadora.

A pesar de ello, podría considerarse que la propuesta intenta alcanzar un equilibrio entre un reconocimiento favorecido y el respeto a la autonomía de los Estados miembros en esta materia, que conservan un margen para no aceptar situaciones generadas en otros Estados miembros que contraríen principios esenciales de su ordenamiento. Eso sí, recordando que el no reconocimiento de la situación desde el DIPr no puede impedir que se disfrute de los derechos de libre circulación que otorga el Derecho de la Unión (a la luz de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Pancharevo*). Siendo esto así, la propuesta no podrá evitar que sigan existiendo situaciones claudicantes de filiación dentro de la Unión.

La Comisión Europea no ha escondido sus intenciones con esta propuesta. Que la norma esté orientada a tal fin puede ser justificado en un contexto de creciente materialización de las reglas de DIPr. Pero resulta preocupante que se solvente de igual modo el reconocimiento de situaciones de carácter patrimonial o las de filiación, donde existen más variables que las estrictamente jurídicas. Y también lo es que la regulación de (toda) la filiación quede condicionada por la finalidad de proteger a las familias ‘arcoíris’. Sería deseable, pues, que estas consideraciones fueran atendidas también en la tramitación de la norma pues de otro modo habrá Estados miembros que no acepten la propuesta y se acabe tramitando como un texto de cooperación reforzada en el que solo participen aquellos Estados miembros en los que ya se reconocen y aceptan estos modelos familiares, sin que la Comisión consiga su finalidad de garantizar que quien es progenitor en un Estado, lo sea en los demás Estados miembros.

Relación jurisprudencial

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 *V.M.A. contra Stolichna obshtina – Pancharevo* (ECLI:EU:C:2021:1008)

ATJUE (Sala décima) de 24 de junio de 2022, asunto C-2/21 *Rzecznik Praw Obywatelskich* (ECLI:EU:C:2022:502)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

⁸³ *Vid.* Informe final, parágrafo 74, en línea parecida al art. 30 del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional.

Sentencia de 26 de junio de 2014, *Menesson c. Francia*, Application n. 65192/11
 Sentencia de 27 de enero de 2015, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, Application n. 25358/12 A.D. –K y otros c. Polonia, Application n. 30806/15. A.P. y R.P. c. Polonia, Application no. 1298/19

Jurisprudencia española

STS, Sala 1ª, de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153)

Resolución de la DGSJFPF (Registro Civil) de 29 de marzo de 2021 (37ª) I.1.1, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2247, 2022 (p. 44).

Jurisprudencia italiana

Cassazione italiana (sezione unite) N. 38162 de 30 de diciembre de 2022, (ECLI:IT:CASS:2022:38162CIV)

Corte Costituzionale sentencia N. 33 de 28 de enero de 2021 (ECLI:IT:COST:2021:33)

Bibliografía

ALBORNOZ, M. (2020), “Parentage and international surrogacy -common solutions for a contentious issue?” en *The Elgar Companion to the HCCH*, Elgar Publishing (pp. 361-372).

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2022), “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 102, de 29 de abril de 2022.

BAINHAM, A. (1999), “Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive yet Important Distinctions”, en A. BAINHAM, S. DAY SCLATER y M. RICHARDS Eeds.), *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, Hart Publishing (pp. 25-46).

BONOMI, A., WAUTELET, P., *El Derecho europeo de sucesiones: Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2021, de 4 de julio*, Aranzadi, 2015.

CAMPIGLIO, C., “Della tirania del *Best interest of the child*. Nuove forme di genitorialità e ordine pubblico internazionale”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021/6 (pp. 1414-1428).

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2020), “Principio de eficiencia y estatuto personal”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. ARENAS GARCÍA, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, S. SÁNCHEZ LORENZO, G. STAMPA CASAS (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al prof. Dr. J. C. Fernández Rozas*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (pp. 179-194).

- (2016) “La ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *REDI*, Vol. 68 (2) (pp. 157-182).

CORNELOUP, S. (2022), “Du couple à l’enfant, les libertés de circulation poursuivent leur chemin – CJUE, 14 déc. 2021, aff. C-490/20”, *RCDIP* (pp. 554-570).

DANIELI, D. (2023), “La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e

- divergenze nazionali”, entrada del 23 de febrero de 2023, *SIDI Blog*, disponible en <http://www.sidiblog.org/2023/02/23/la-proposta-di-regolamento-ue-sul-riconoscimento-della-filiazione-tra-stati-membri-alla-ricerca-di-un-equilibrio-tra-obiettivi-di-armonizzazione-e-divergenze-nazionali/> (19.5.2023)
- DI NAPOLI, E.; BIAGIONI, G.; FERACI, O.; CALVIGIONI, R. Y PASQUALIS, P. (2023), “La circolazione dello status dei minori attraverso le ‘frontiere’ dell’Europa: intersezione tra diritto dell’Unione e diritto internazionale privato alla luce della sentenza *Pancharevo*, *Papers di diritto europeo* (pp. 67-91), www.papersdirittoeuropeo.eu (12.04.2023)
- FULLI-LEMAIRE, S. (2022), *Le droit international privé de la famille à l’épreuve de l’impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, París.
- GARDEÑES SANTIAGO, M. (2017), “El método del reconocimiento desde la perspectiva del Derecho internacional privado europeo y español”, *AEDIPr*, T. XVII (pp. 379-424).
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2022), “Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 *Pancharevo*”, *REEI*, Vol. 43 (pp. 8-13).
- GRASSI, M. (2022), “Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all’interno dell’Unione Europea”, *RDIPP*, Vol. 2022/3 (591-609).
- HERRERA, M. (2017), “Filiación post-mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas”, *InDret*, 1/2017 (pp. 1-21).
- JIMÉNEZ BLANCO, P. (2018), “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEI*, Vol. 35 (pp. 1-49).
- KESSLER, G. (2019), “La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », *RTDCiv* (pp. 519-541).
- LEHMANN, M. (2016), “El reconocimiento, ¿una alternativa al Derecho internacional privado?”, *CDT*, Vol. 8, núm. 2 (pp. 240-257).
- MAYER, P. (2005), “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé “, en *Le droit international privé : esprit et méthodes*, *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, París (pp. 547-574).
- (2013) “La reconnaissance: notion et méthodes“, en *Reconnaissance des situations en Droit international privé*, Lagarde (dir), Ed. Pedone, París (pp. 27-33).
- PAMBOUKIS, Ch. (2013), “Les actes publics et la méthode de la reconnaissance » en *La reconnaissance des situations en Droit international privé*, Lagarde (dir), Ed. Pedone, París (pp. 136-143).
- PFEIFF, S. (2027), *La portabilité du statut personnel dans l’espace européen*, Larcier, París.
- PRETELLI, I. (2022), “Filiation between Law, Language and Society”, ponencia dictada en el marco de la conferencia *Family Status, Identities and Private International Law. A Critical Assessment in the Light of Fundamental Rights (33^e journée de Droit international privé)*, celebrada el 5 de mayo de 2022 bajo los auspicios de ELI/ISDC/Università di Pisa, consultada en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4101805 (19.5.2023)

- SALERNO, F. (2018), “The identity and continuity of personal status in contemporary private international law”, *Recueil des cours*, Vol. 395 (pp. 9-198).
- VÁLKOVÁ, L. (2022), “The Commission Proposal for a Regulation on the recognition of parenthood and other legislative trends affecting legal parenthoos”, *RDIPP* (pp. 854-899).

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (VI): MAYO-AGOSTO 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, 6, pp. 181-198

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.47>

(Recepción: 03/07/2023; aceptación: 30/07/2023; publicación: 31/08/2023)

Resumen

La crónica da cuenta de la última doctrina de la sala primera del Tribunal Supremo - también de las sentencias de pleno-, sobre diferentes materias. En particular, los daños derivados de ilícitos concurrenciales y de la imposibilidad de la nulidad parcial en caso de que concurra un vicio del consentimiento. De igual manera refiere y resume algunas de las últimas sentencias del TJUE sobre materias propias del Derecho privado.

Palabras clave

Colación de donaciones por el cónyuge legitimario; comisión apertura préstamo hipotecario; hipoteca multidivisa; ilícitos concurrenciales; nulidad por error vicio; pactos conyugales; pactos parasociales; valoración daños corporales accidentes aéreos.

Abstract

This report sets forth the last doctrine of the private law division of the Spanish Supreme Court, including plenary judgments, on different subject matters. Among these matters, stand out antitrust damages and the doctrine of the unavailability of the remedy of partial nullity for contracts with vices of consent. Likewise, the report summarises some of the recent ECJ judgments on private law matters.

Keywords

Duty of the legitim spouse to collate the donations received from the decedent; mortgage arrangement fee; multicurrency mortgage; antitrust damages; nullity for mistake; marriage contracts; parasocial agreements; calculation of physical damages caused by air-plane accidents.

1.- En el periodo a que se refiere esta *Crónica* se constata que la sala primera del Tribunal Supremo sigue atrapada -y tal vez por mucho tiempo- en un par de litigios que se reiteran en una maraña inagotable de reglas -y algunas excepciones-. Por un lado, los referidos a las cláusulas suelo y de gastos, así como las novaciones en préstamos hipotecarios (con la pendencia añadida de distintas cuestiones prejudiciales que dilatan el que

se aborden otros asuntos). Por otro, los derivados de la interpretación jurisprudencial de la Ley 57/1968, de 27 de julio, *sobre percibo de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas* -derogada en 2015- y que siguen y siguen. Bastaría decir que tal vez vengan tiempos peores.

Justo es señalar que tal vez se alivie la situación cuando se sepa cómo se aplicará (y con qué empuje) la previsión del nuevo artículo 487.1 LEC sobre el auto de remisión en la redacción dada por el RDL 5/2023, de 28 de junio, que reforma, entre otras muchísimas cosas, la casación civil, precepto que puede aplicarse ya conforme a lo previsto Disposición transitoria 10.^a, apartado 4. Reza el precepto -vigente cuando caiga este escrito en sus manos-:

“El recurso de casación se decidirá por sentencia, salvo que, habiendo ya doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas, la resolución impugnada se oponga a dicha doctrina, en cuyo caso el recurso podrá decidirse mediante auto que, casando la resolución recurrida, devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial”.

También se constata que los últimos pleitos sobre derechos fundamentales -de necesaria tramitación preferente- no contribuyen especialmente a formar o establecer una doctrina que ya manejan con solvencia las Audiencias provinciales, puesto que en un número abrumador desestiman los recursos y confirman las sentencias recurridas sin apenas añadir nada a la doctrina existente, ni de la propia sala ni del Tribunal Constitucional.

En este lapso supe, de refilón y sin esperarlo, que en un cuento de [R. Kipling](#) -a quien he leído poco, lo reconozco- titulado *The Elephant's Child* (1900) decía: *I keep six honest serving-men (They taught me all I knew); Their names are What and Why and When And How and Where and Who*. Me parece que es casi una guía para el estudio de nuestra jurisprudencia, sin que ninguna de las preguntas resulte impertinente: qué, por qué, cuándo, cómo, dónde y quién.

2.- Las sentencias de pleno desde la última *Crónica* son, salvo error, las que siguen. La sentencia [338/2023, de 1 de marzo](#) (José Luis Seoane Spiegelberg), comentada por A. Díaz Moreno [[Gómez Acebo & Pombo, Análisis, marzo 2023](#)] se refiere a la noción de “interés” en el contrato de seguro. La sentencia [356/2023, de 8 de marzo](#) (P.J. Vela Torres) aborda la contratación de un producto financiero estructurado y complejo -referenciado a variaciones de los activos subyacentes- y de dos *swaps*. Cuenta con los votos particulares de J.M^a Díaz Fraile y J.L. Seoane.

La sentencia [418/2023, de 28 de marzo](#) (R. Sarazá Jimena), se refiere a la hipoteca multidivisa y a la cláusula que permite pedir la ampliación de la garantía, en donde reitera

la doctrina sobre la suficiencia del llamado “documento de primera disposición” (fundamento de derecho 5.º, documento que procura una información suficiente sobre los riesgos) y en el fundamento de derecho 7.º desarrolla la cuestión sobre la ampliación de la garantía del siguiente modo. Entresacamos algunos pasajes especialmente valiosos:

“Decisión del tribunal: criterios para valorar el carácter abusivo de la cláusula que permite al prestamista exigir nuevas garantías en caso de que el aumento de la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar provoque una situación de infragarantía y, caso de no prestarse tales garantías, dar por vencido anticipadamente el préstamo y ejecutar la hipoteca

2.- En la escritura de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio se contienen sendas cláusulas en las que, en la primera de ellas, se estipula que “[e]l Banco se reserva el derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en Euros, todas las disposiciones al cambio del día excedieran en un DIEZ POR CIENTO del límite actual del préstamo”; y, en la segunda, tras enunciar la “posibilidad de que el contravalor en Yenes pueda ser superior al límite pactado”, establece que “[s]i se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7ª de las financieras”, esto es, el banco podía dar por vencido anticipadamente el préstamo y “exigir la inmediata devolución total del capital o de la parte no amortizada con sus correspondientes intereses, demoras y gastos [...]”. El motivo del recurso cuestiona que la sentencia recurrida no haya valorado que estas cláusulas son abusivas.

3.- Distintos preceptos legales y reglamentarios prevén que, en caso de que las garantías prestadas por el deudor hubiesen disminuido o desaparecido, el acreedor pueda exigir una ampliación de la garantía u otras medidas que garanticen el pago, e incluso pueda dar por vencida anticipadamente la obligación garantizada (arts. 1129.3 del Código Civil, 117 de la Ley Hipotecaria, 219.2 del Reglamento Hipotecario y art. 9 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril). También se prevé en la legislación que el acreedor pueda exigir al deudor la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieran garantizados en la fijación inicial de la responsabilidad hipotecaria acorde al art. 114 de la Ley Hipotecaria (art. 115 de la Ley Hipotecaria).

4.- Pero la facultad que las cláusulas controvertidas otorgan al prestamista de exigir al prestatario la ampliación de la garantía y, en caso de no ampliar dicha garantía, dar por vencido anticipadamente el préstamo y ejecutar la hipoteca, no tienen por causa la disminución del valor de la garantía o la desaparición de esta ni el retraso en el pago de las cuotas de la hipoteca que provoque un incremento de los intereses adeudados que supere los límites de la responsabilidad hipotecaria fijada conforme al art. 114 de la Ley Hipotecaria, que es lo previsto en las normas citadas en el anterior párrafo. La facultad de exigir al prestatario la ampliación de la garantía que las cláusulas objeto de este motivo del recurso otorgan al prestamista, con las consecuencias expuestas, se basa en la insuficiencia sobrevenida de la hipoteca constituida en garantía del préstamo por el aumento del contravalor en euros del capital pendiente de amortizar causado por la fluctuación de la divisa. Constituye, por tanto, una variante de la materialización del riesgo de tipo de cambio, la de su incidencia sobre la suficiencia de la cobertura, que es una situación distinta de la que contemplan los supuestos de hecho de las normas citadas.

5.- Tampoco puede entenderse que se esté en el caso del art. 1129.2.º del CC, que prevé que el deudor pierda el derecho a utilizar el plazo “[c]uando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido”, pues justamente se discute si ese “compromiso” de otorgar nuevas garantías deriva de una cláusula abusiva. El art. 1129.2.º del

CC legitimaría un pacto de vencimiento anticipado si, partiendo de una cláusula de compromiso de constitución o ampliación de garantía que fuera válida, se produce un incumplimiento grave de esa obligación pero no legitima per se el pacto de ampliación si este es abusivo. Si se sostuviera que esta previsión contenida en este precepto legal impide valorar la abusividad de las cláusulas cuestionadas, se incurriría en un argumento circular que eludiría precisamente el control de abusividad que, respecto de las cláusulas predispuestas, imponen la Directiva 93/13/CEE y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

6.- Lo expuesto lleva a la conclusión de que las normas de Derecho interno no prevén una facultad del profesional que ha concedido un préstamo hipotecario como la prevista en estas cláusulas.

7.- A diferencia de la equivalencia en euros de las cuotas del préstamo o del capital pendiente de amortizar cuando está fijado o referido a divisas, que fluctúa con la evolución del tipo de cambio, la cifra máxima de la responsabilidad hipotecaria no puede fluctuar sino que debe fijarse en "moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España" (art. 219.1 del Reglamento Hipotecario, en relación con el art. 12 de la Ley Hipotecaria y 577.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, que pese a que el prestatario pague regularmente las cuotas del préstamo y preserve la integridad y el valor del inmueble hipotecado, la garantía hipotecaria deje de ser suficiente para garantizar la devolución del capital y los intereses, en los límites fijados en la hipoteca, constituye un riesgo específico de este tipo de préstamos en divisas derivado de la inclusión en el contrato de estas cláusulas. Para que el consumidor las conozca y comprenda resulta insuficiente la información sobre la posibilidad de que, en caso de apreciación de la divisa elegida, aumente el importe de la equivalencia en euros de las cuotas y del capital pendiente de amortizar, información que sí ha sido suministrada en el caso objeto de este recurso, como se ha razonado al resolver el anterior motivo.

8.- La información que el consumidor debe recibir del profesional para que pueda considerarse que la cláusula no negociada está redactada de forma "clara y comprensible", tal como prevén los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, no es solo la que se deriva de los términos en que está redactada la cláusula, sino que es también, por lo general, la información suministrada con suficiente antelación a la celebración del contrato.

11.- En diversas sentencias a partir de la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, hemos declarado que es necesario que el prestamista facilite información al potencial cliente, de manera adecuada y con suficiente antelación a la suscripción del contrato, sobre el riesgo que se deriva de estas cláusulas. Se trata de un riesgo específico de este tipo de préstamos hipotecarios en divisas, inexistente en los préstamos hipotecarios más usuales, que tienen el euro como moneda de cuenta y como moneda de pago.

12.- En concreto, es exigible que el profesional informe al potencial cliente del riesgo de que la hipoteca que constituyó para garantizar el préstamo, como consecuencia del incremento de la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar, resulte una garantía insuficiente al quedar parte de la deuda por encima del límite de la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada. Y que esta insuficiencia permite al prestamista dar por vencido anticipadamente el préstamo en caso de que no se amplíe dicha garantía (entre las más recientes, sentencias 829/2021, de 30 de noviembre, 395/2022, de 11 de mayo, y 406/2022, de 23 de mayo). Un consumidor medio no puede prever, sin la información adecuada, que, pese a pagar regularmente las cuotas del préstamo y pese a que el bien hipotecado conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa y ejecutar la hipoteca.

13.- El TJUE, en su sentencia de 10 de junio de 2021, C-609/19, BNP Paribas, apartado 48, ha considerado de especial importancia, en la información que el profesional debe

facilitar al consumidor, "las precisiones relativas a los riesgos asumidos por el prestatario en caso de depreciación importante de la moneda de curso legal en el Estado miembro en el que está domiciliado". Y añade en el apartado 51 que "para cumplir la exigencia de transparencia, la información comunicada por el profesional debe poder permitir a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no solo comprender que, en función de las variaciones del tipo de cambio, la evolución de la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago puede acarrear consecuencias desfavorables para sus obligaciones financieras, sino también comprender, en el marco de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera, el riesgo real al que se expone, durante toda la vida del contrato, en el supuesto de una depreciación importante de la moneda en la que percibe sus ingresos respecto de la moneda de cuenta".

14.- Dado que, como consecuencia de las cláusulas objeto de este motivo del recurso, una depreciación importante de la moneda de curso legal en España respecto de la divisa en que se ha concedido el préstamo puede provocar el riesgo de que el consumidor pierda la vivienda hipotecada si no puede ampliar las garantías prestadas ni pagar inmediatamente el capital pendiente de amortizar y los intereses del préstamo declarado vencido anticipadamente, Bankinter debió informar claramente al potencial cliente, antes de la suscripción del préstamo, de este riesgo, pero no lo hizo. La consecuencia de esta ausencia de información sobre este riesgo es que las cláusulas cuestionadas no pueden considerarse transparentes conforme exige el art. 5.1 de la Directiva 93/13/CEE.

15.- Las cláusulas objeto de este motivo del recurso no regulan la adecuación entre precio y retribución y los servicios que han de proporcionarse como contrapartida y es dudoso que definan el objeto principal del contrato.

17.- Tampoco es determinante el hecho de que la cláusula controvertida otorgue al acreedor una facultad vinculada al mantenimiento de la integridad de la garantía (cobertura total del importe de lo adeudado en su equivalencia a euros) en un negocio jurídico complejo como es el préstamo hipotecario, en el que la causa del préstamo y de la hipoteca, aunque distintas, no pueden disociarse pues "atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago" (sentencia 606/1997, de 3 de julio). La facultad del acreedor prevista en esta cláusula no es imprescindible para la subsistencia de la hipoteca (en cuanto a la afección real por la que inicialmente se constituyó), sin perjuicio de que la facultad de realización del valor del bien hipotecado mediante la venta forzosa (art. 1858 del CC) quede parcialmente limitada en su función solutoria, al no afectar la totalidad de lo obtenido en la subasta al pago del crédito, en la medida en que el importe de este, calculado en la equivalencia a euros del saldo nominal de lo debido en la divisa extranjera, quede fuera de la cifra de cobertura a que se extienda la responsabilidad hipotecaria en los términos en que inicialmente fue constituida (arts. 12 de la Ley Hipotecaria y 219.1 del Reglamento Hipotecario).

19.- A la luz de esta doctrina del TJUE y de la necesaria interpretación estricta del ámbito del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, y reconociendo que la cuestión es dudosa, no parece que las cláusulas objeto de este motivo formen parte del objeto esencial del préstamo hipotecario en divisas: no afectan a la obligación del prestamista de poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero; tampoco afectan a la obligación de reembolso del principal y de los intereses en los plazos previstos, que es la obligación esencial del prestatario; no prevén una consecuencia del incumplimiento por el prestatario de alguna de sus obligaciones principales, como serían el pago del préstamo o la conservación de la garantía; y la facultad que otorgan al prestamista no es imprescindible para la subsistencia de la hipoteca.

20.- Aunque se considere que las cláusulas objeto de este motivo no definen el objeto principal del contrato, ello no obsta a que también deban ser objeto de un control de

transparencia y que su eventual falta de transparencia sea un elemento relevante para valorar, junto con el resto de criterios relevantes (en particular, el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe), su carácter abusivo.

23.- Ahora bien, hay ocasiones en que la falta de transparencia, que puede estar causada porque el profesional no suministró al consumidor la información precontractual adecuada, es especialmente relevante para valorar el carácter abusivo de la cláusula. Así sucede con aquellas cláusulas que provocan un riesgo para el consumidor de empeoramiento de su situación económica o jurídica que este no podía razonablemente prever sin una información precontractual adecuada.

24.- Este es el caso de las cláusulas objeto de este motivo del recurso, sobre cuyos riesgos no se informó, que no son inocuas para el prestatario. Son cláusulas que desplazan un riesgo, asociado al riesgo de cambio, que en principio afectaría al prestamista (que la garantía hipotecaria prestada por el prestatario al celebrar el contrato resulte insuficiente de modo sobrevenido porque la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar haya aumentado por la devaluación de dicha moneda, en la que está fijada la responsabilidad hipotecaria, frente a la divisa) y lo hacen recaer en el prestatario, que, habiendo prestado una garantía hipotecaria que era suficiente cuando se celebró el contrato y ha sido adecuadamente conservada, puede ser compelido a prestar garantías complementarias.

25.- Con ello se agrava significativamente su posición jurídica en la relación contractual, de modo sorpresivo para el consumidor que no ha sido adecuadamente informado, con consecuencias muy graves, como es la posibilidad de pérdida de la vivienda hipotecada si no presta esas garantías complementarias, el banco da por vencido anticipadamente el préstamo y, si el prestatario no restituye todo el capital pendiente de amortizar y los intereses devengados, la hipoteca es ejecutada. Ello supone un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones resultantes del contrato. Como declara la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, C-621/17, Kiss, apartado 51, "un desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre".

28.- En definitiva, en el caso litigioso, la falta de transparencia de las cláusulas objeto de este motivo del recurso es un elemento relevante para apreciar su carácter abusivo, pues contribuye a generar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes al provocar un serio riesgo para el consumidor (la pérdida de su vivienda), asociado al riesgo de cambio, que perjudica gravemente su situación jurídica en contra de las exigencias de la buena fe, pues le resulta sorpresivo porque el predisponente no le facilitó la información precontractual adecuada sobre una cláusula que creaba un riesgo que un consumidor medio no podía razonablemente prever, dadas las peculiaridades de este tipo de préstamos.

29.- Otro factor a tomar en consideración para apreciar el carácter abusivo de la cláusula es su carácter desproporcionado, que provoca un desequilibrio de los derechos y obligaciones resultantes del contrato, pues la consecuencia jurídica (posible vencimiento anticipado si no se amplía la garantía) no es proporcional a la ventaja que el banco obtiene de la cláusula, que aun sin ampliación sigue disponiendo del ius vendendi propio de la garantía hipotecaria (art. 1858 del Código Civil), de la afección del bien por el valor por el que se constituyó inicialmente la hipoteca (art. 104 de la Ley Hipotecaria), y de la posibilidad de ejercitar la acción ejecutiva en caso de impago (arts. 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

30.- Esa desproporción o desequilibrio se pone de manifiesto más claramente si observamos que la obligación de ampliación de la garantía nace en caso de que una devaluación del euro respecto de la divisa en la que se concedió el préstamo provoque que "a su

contravalor en Euros, todas las disposiciones al cambio del día excedieran en un DIEZ POR CIENTO del límite actual del préstamo". Esto significa que la obligación de prestar garantías adicionales surge con una situación de infragarantía que no resulta necesariamente de especial relevancia en términos cuantitativos ni temporales. Lo que, a su vez, genera un desequilibrio importante en la cláusula de vencimiento anticipado, pues la facultad de activarlo se vincula a un incumplimiento de una obligación que puede carecer de gravedad, tanto cuantitativa como temporalmente.

31.- Con ello no se cumpliría, en cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado para el caso de incumplimiento de la obligación de ampliación de la garantía, la exigencia de gravedad del incumplimiento desencadenante que exige la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, apartado 66, y 8 de diciembre de 2022, Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest, C-600/21, apartado 29). 32.- La consecuencia de lo expuesto es que, sin necesidad siquiera de entrar en la difícil intelección de las cláusulas cuestionadas para un consumidor medio, dados los términos en que están redactadas, las mismas han de ser consideradas abusivas y, por tanto, nulas.

33.- Ahora bien, esta abusividad no afecta a todas las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario relativas a las divisas sino solo a las cláusulas objeto de este motivo del recurso, que otorgan al banco esta facultad de exigir la ampliación de la garantía y, caso de que el consumidor no la amplíe, dar por vencido anticipadamente el préstamo y exigir la devolución total del capital pendiente de amortizar y los intereses devengados, pues a estas cláusulas viene referida la falta de información adecuada sobre los riesgos que suponen para el prestatario y que provoca la existencia del desequilibrio importante de derechos y obligaciones contrario a la buena fe".

3.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como suele, sigue con el dictado de sentencias de fallos a veces incomprensibles. No me refiero a su significado o sentido (*rectius*, a qué alcance debe darse a la norma cuya interpretación se pide) sino a la estructura gramatical de algunas de ellas, que son un paradigma de falta de transparencia. Es posible que tenga que ver con el modo en que decide construir la respuesta: en ella, siempre, incorpora la norma que interpreta. Y quizá también que sea porque se trate de un tribunal de composición cultural y lingüísticamente diverso que no disfrute de muchas posibilidades -quién sabe si ninguna- de acordar otra forma de resolver.

Tal vez pudiera servir de algo separar o deslindar la norma de la respuesta y así el lector del fallo podría advertir con más sencillez cuál es esta. Tampoco estaría de más que pusiera especial empeño en delimitar qué apartados de sus fundamentos son *ratio decidendi* respecto al fallo, para evitar una controversia sobre quién lee bien y quién mal la sentencia. Ofrecemos ahora una selección de casos.

La STJUE, [Gran Sala, 20 de marzo de 2023 \(C-100/21\)](#) resuelve parcialmente sobre qué interés es el protegido en las normas de homologación de vehículos a motor. Cabe preguntarse si el cumplimiento de tales normas compete también pedirlo al comprador individual y si su interés a que se satisfaga su finalidad afecta o concierne a su

interés contractual concreto y, por ende, indemnizable -si bien no se sabe qué perjuicio es el que singularmente se padece-. No tengo por seguro que esta cuestión delimite la decepción o expectativas del comprador. También es interesante la STJUE, [Sala sexta, 16 de marzo de 2023 \(C-6/22\)](#) referida a la anulación perjudicial del contrato con consumidores.

Sobre la comisión de apertura en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria la STJUE, [Sala cuarta, 16 de marzo de 2023 \(C-565/21\)](#) ha respondido a la cuestión prejudicial que planteara nuestro Tribunal Supremo, y lo ha hecho con un alcance relativamente polémico. La sentencia del TS [816/2023, de 29 de mayo](#) (P.J. Vela Torres) aplica la doctrina del TJUE -véase, en particular, el fundamento de derecho 8.º que comienza con una advertencia esencial “*no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada*”-. Sobre la polémica, véanse, entre otros, S. Álvarez en *Hay Derecho* en tres post sucesivos, [primera](#), [segunda](#) y [tercero](#) y los dos vaticinios de F. Pantaleón, en [almacenederecho](#)).

La pregunta que podemos hacernos, que seguimos haciéndonos, es la siguiente: ¿por qué debe pagar el deudor los costes de investigar si al acreedor le conviene como deudor? Cada cual debe costear los gastos precisos para satisfacer y proteger su propio interés (art. 1094 CC por analogía). Esta sentencia -y lo que viene y vendrá después- es otro incentivo poderoso para que se embeban gastos o costes que se consideran relevantes por los prestamistas en el precio -esto es, en el tipo de interés-.

Sobre transparencia -y su sentido en la Directiva de cláusulas abusivas 1993- y contrato de seguro la STJUE, [Sala novena, 20 de abril de 2023 \(C-263/22\)](#) formula un par de reglas bien conocidas: por un lado que “*un consumidor ha de contar siempre con la posibilidad de tener conocimiento, antes de la celebración de un contrato, de todas las cláusulas que este incluye*”; por otro lado: “*cuando una cláusula de un contrato de seguro relativa a la exclusión o a la limitación de la cobertura del riesgo asegurado, que el consumidor de que se trate no pudo conocer antes de la celebración de ese contrato, es calificada de abusiva por el juez nacional, dicho juez está obligado a dejar sin aplicación esa cláusula a fin de que no produzca efectos vinculantes para ese consumidor*”.

Sucede a menudo que la lectura de algunas sentencias del TJUE suscita perplejidad no tanto por la respuesta como por la necesidad de hacer la pregunta: así pasa con la STJUE, [Sala tercera, 8 de junio de 2023 \(C-49/22\)](#) relativa a si la compañía aérea que suspendió el vuelo por la intervención pública durante la pandemia -impedimento extraño

a la esfera de control del deudor inevitable- debe hacerse cargo de los gastos de repatriación ocasionados al viajero que padeciera la cancelación. O si cabe adoptar o no medidas cautelares -en el caso, la suspensión del pago de las cuotas del préstamo en tanto se sustanciaba el procedimiento- en la STJUE, [Sala novena, 15 de junio de 2023 \(C-287/22\)](#).

En fin, en el [auto de 17 de mayo de 2023](#) (recurso n.º 1215/2019) el Tribunal Supremo plantea una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del art. 52.2 b) de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, *relativa a los mercados de instrumentos financieros* que tiene el siguiente tenor:

“Sobre la base de que las asociaciones de consumidores tienen legitimación para representar en juicio a inversores/consumidores que reclaman por un incumplimiento de los deberes de una sociedad de servicios de inversión en la comercialización de productos financieros complejos, ¿puede restringirse excepcionalmente esa legitimación por los tribunales nacionales cuando, en el marco de una reclamación individual, se trate de inversores de alta capacidad financiera, que realizan operaciones que no pueden considerarse de uso ordinario y generalizado y que litigan bajo el amparo de la asociación de consumidores con el resultado de poder beneficiarse de una posible exención de costas procesales en un proceso judicial de muy elevada cuantía, evitando el pago de depósitos judiciales y evitando pagar las costas de la parte contraria en caso de demandas infundadas o incluso temerarias?”.

Debe recordarse que, además del perjuicio a la Hacienda pública derivado de la falta de ingreso por los depósitos exigibles para recurrir así como del daño al litigante vencedor que no puede recuperar las costas devengadas, también sufre la propia Hacienda pública -el común de los mortales- en tanto que la justicia gratuita se financia, también, con fondos públicos. Late en la pregunta el reproche al ejercicio abusivo -o al uso estratégico- de una asociación como herramienta procesal para dar satisfacción a un interés individual. El problema reside, nos parece, en cómo se conjugan las reglas que repudian el fraude procesal y los límites del principio de efectividad.

4.- Hay sentencias de interés que no comentaremos especialmente aquí, pero que contienen interesantes enseñanzas.

Así la sentencia [704/2023, de 9 de mayo](#) (R. Sarazá Jimena) sobre la aplicación del baremo de automóviles a los accidentes aéreos con un añadido sobre el resarcimiento de daños por la pérdida de un ser querido en circunstancias inusitadamente dolorosas - también la sentencia [963/2023, de 14 de junio](#), R. Sarazá Jimena-, con una nota de Á. Carrasco Perera de interés en publicaciones de [Gómez-Acebo & Pombo](#). O la sentencia 998/2023, de 20 de junio (R. Sarazá Jimena), que reitera la derogación del *dies a quo* de cómputo en caso de error como vicio del consentimiento previsto en el artículo 1301 2.º

Código civil (que dice desde la “consumación del contrato” y no desde que se pudieron conocer de modo efectivo los riesgos del negocio): el que la derogación sea razonable no hace menos *contra legem* la solución. Este es un caso llamativo: el legislador bien pudo aprovechar que reformaba el artículo 1301 CC -con la Ley 8/2021, de 2 de junio- para reconducir el *dies a quo* de cómputo a la doctrina común y no lo hizo, lo que nos lleva a dos hipótesis. La procedencia ministerial de la reforma determina que no se haga un trabajo fino (o de que considerara el ministerio de turno que escapaba a sus propósitos) o que hubo una decisión consciente de mantener el precepto con su redacción original.

O la sentencia [905/2023, de 7 de junio](#) (P.J. Vela Torres) que explica el significado del artículo 16 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de contrato de seguro*. O el alcance del “conocimiento” o “cognoscibilidad” del propio derecho para que éste prescriba: en el caso, se trataba de la prescripción alegada por la heredera de la pretensión de que se entregue el legado (sentencia [718/2023, de 12 de mayo](#), M^a de los Á. Parra Lucán).

O sobre la recalcitrante alegación del artículo 131 I del CC como si se tratara de una forma de determinación de la filiación análoga a la usucapión: es hijo mío porque lo ha parecido durante un prolongado periodo de tiempo, que se acrecienta con la convivencia con sus hermanastros como si fueran hermanos. Es el caso de la sentencia [754/2023, de 16 de mayo](#) (M^a de los Á. Parra Lucán). Sentencia que explica, a quien quiera oír, qué significa el vínculo biológico de la filiación y qué diferencias hay con otra clase de vínculos o grados de proximidad: menos que hijo, más que allegado. La perspectiva que importa, cuando no hay lazo biológico, no es la del progenitor sino la de sus hijastros.

Es interesante constatar que, para algunos conciudadanos, la filiación adoptiva parece contar con un sesgo secundario: como si se tratara de un lazo menos fuerte. Algo así como que no disfruta de la “fuerza de la sangre”.

La sentencia [774/2023, de 19 de mayo](#) (R. Sarazá Jimena) resuelve un caso de simulación absoluta y usucapión de acciones y, de nuevo sobre simulación absoluta y transmisión de acciones, la sentencia [803/2023, de 23 de mayo](#) (R. Sarazá Jimena).

También la sentencia [673/2023, de 5 de mayo](#) (J.M^a Díaz Fraile) sobre actos propios y pactos parasociales, que hace en un fundamento de derecho 7.º un exhaustivo acopio de la doctrina sobre los actos propios y se enfrenta, como suele suceder en estos casos, con la compleja y difícil distinción -tenue hasta la extenuación- entre acto propio y consentimiento tácito que modifica -o priva de efectos- una relación preexistente.

Sobre tercería de mejor derecho y créditos de la Hacienda pública, que no comprenden las “sanciones”: sentencia [780/2023, de 22 de mayo](#) (J.M^a Díaz Fraile). O sobre

la prenda de créditos futuros, en particular lo que debía percibirse por suministros farmacéuticos, -en la redacción de la Ley concursal dada por la DF 5.^a de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de régimen jurídico del sector público*-, la sentencia [965/2023, de 15 de junio](#) (J.M^a Díaz Fraile). En el caso el motivo de casación se refería, en exclusiva, a la necesidad de inscripción de la prenda sin desplazamiento posesorio y se anuda a la calificación de la prenda de créditos (que es lo que parece convinieron las partes) como “prenda sin desplazamiento posesorio” (porque en la prenda de crédito no lo hay en sentido propio aunque se ideen formas de reemplazarlo) y esa calificación no fue impugnada por la Agencia tributaria. Es indiferente a qué se refiere la prenda sin desplazamiento posesorio: en todos los casos -y con independencia del régimen concursal- esta garantía exige la “inscripción registral” (véase, el art. 3 LHMPD).

Lo cierto es que no se adivina qué razón justifica que la prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros instrumentada en escritura pública no valga como prenda de créditos, puesto que el legislador ha consentido “ambas” modalidades y ha atribuido a ambas los mismos efectos concursales. Basta con enunciar los antecedentes del problema:

“En el caso que ahora enjuiciamos las dudas interpretativas se centran en el alcance y significado del requisito enunciado bajo la letra b). El juzgado de primera instancia, bajo el entendimiento de que en la escritura de 19 de mayo de 2016 se formalizó, además de un reconocimiento de deudas tributarias, una prenda sin desplazamiento de la posesión sobre los créditos futuros derivados de los derechos de cobro de los deudores contra el Servicio Regional de Salud de Murcia por suministros farmacéuticos, consideró que no se cumplía el requisito exigido por el art. 90.1.6° LC de la inscripción registral de la prenda y que, por tanto, el crédito tributaria debía ser clasificado a los efectos del concurso conforme al art. 91.1.4° LC (50 % como crédito con privilegio general y 50% como crédito ordinario), y no como crédito con el privilegio especial del art. 90.1.6° LC.

La Audiencia, sin negar expresamente la calificación del contrato como prenda sin desplazamiento, revocó la sentencia de primera instancia con base en tres argumentos: (i) que la interpretación literal del precepto permite entender que los requisitos formales a que alude (documento público e inscripción registral) son alternativos; (ii) que la resolución de la DGRN de 18 de marzo de 2008 interpretó la reforma del art. 54 LHMPD por la Ley 41/2007 en el sentido de admitir la posibilidad de constituir la prenda sobre créditos (también futuros) como prenda ordinaria o común (con desplazamiento de posesión) o como prenda sin desplazamiento de posesión; y (iii) que exigir la inscripción registral no casa con un sistema que solo exige para la prenda de crédito con carácter general "un documento con fecha fehaciente". Ninguno de estos argumentos, sin embargo, puede ser mantenido por las razones que exponemos a continuación”.

Si no ha habido ocasión efectiva para impugnar la limitación temporal relativa a la restitución de los intereses (y tal falta no se debe a la pasividad procesal del consumidor afectado) el tribunal debe reparar, para dar satisfacción al principio de efectividad, esa

omisión de oficio. Así las sentencias [787/2023, de 22 de mayo](#) y [788/2023, de 22 de mayo](#), ambas con ponencia de J.L. Seoane Spiegelberg.

En fin, hay ocasiones en que se materializa la incomodidad que nace del régimen de la comunidad de bienes -en particular cuando se singulariza en el régimen de la propiedad horizontal- en el que el modo de articular la titularidad plural de un derecho o derechos -o, sin más, una posición jurídica compleja- encuentra difícil acomodo en el ejercicio de los distintas acciones y pretensiones que pueden emanar de él, como sucede en la sentencia [775/2023, de 22 de mayo](#) (A. García Martínez).

Resulta de interés la sentencia [904/2023, de 6 de junio](#) (J.L. Seoane Spiegelberg) que se pronuncia sobre la eficacia de los pactos entre cónyuges -o quienes lo fueron-. Así su fundamento de derecho 3.º, apartado 2 señala -bajo la rúbrica “La doctrina de la sala sobre los negocios de familia, incluso los no ratificados judicialmente”-:

“Esta sala ha venido desarrollando una consolidada doctrina sobre el carácter vinculante que para los cónyuges o excónyuges tienen los denominados negocios jurídicos de familia, a través de los cuales pactan, al amparo de la libre autonomía de la voluntad y sometidos al límite del orden público, constituido por el interés superior de los hijos comunes, menores de edad, las reglas por las que se han de regir sus relaciones personales o patrimoniales o extinguen definitivamente las mismas; todo ello, bajo un criterio de progresiva potenciación de sus facultades dispositivas, que hunde sus raíces en el valor constitucional de la libertad reconocido en los arts. 1 y 10 CE, hasta el punto de hablarse del fuerte contractualismo que, hoy en día, impera en la materia.

En efecto, en las relaciones de pareja, formalizadas o no bajo la institución matrimonial, la facultad de configuración de su contenido por las partes es indiscutible, incluso con reconocimiento de los denominados pactos preventivos o de ruptura, concertados ante la eventualidad, futura e incierta, de una ulterior crisis matrimonial o de pareja, fijando anticipadamente las consecuencias que de aquella derivan. Los únicos límites son los propios impuestos a todos los contratantes en el art. 1255 del CC, de no atentar a las normas imperativas, a la moral, ni al orden público, y a los propios de la disciplina jurídica de las relaciones contractuales (art. 1261 CC), así como las exigencias de forma ad solemnitatem, que impone a determinados negocios jurídicos el ordenamiento legal (art. 1280 CC).

En este orden de cosas, ya una antigua sentencia de esta sala 325/1997, de 22 de abril, se refiere a la eficacia de las cláusulas pactadas por las partes en un convenio, que no llega a incorporarse al proceso matrimonial, y señala, al respecto, en una consideración previa general:

“Este acuerdo séptimo es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, abogados en ejercicio. No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico”.

No son muchas las sentencias que se pronuncian sobre el Derecho de sucesiones. La sentencia [807/2023, de 24 de mayo](#) (Mª de los Á. Parra Lucán) aborda un asunto de

interés: si el cónyuge -que es un legitimario en concepto de usufructuario- debe colacionar las donaciones recibidas. No se trata, como advierte la sentencia, de si cabe examinar tales donaciones a los efectos del cálculo o cómputo de la legítima (arts. 1035 ss. CC) asunto que nos conducirá a decidir si son o no inoficiosas, sino de si debe procederse a la colación en sentido estricto.

Una doctrina en la que podemos afirmar que lo que sale por la puerta entra por la ventana es la que considera que debe reputarse abusiva la pretensión de calificar como bienes (o deudas) gananciales aquellos que se adquieren (o contraen) “después” de la separación de hecho seria y prolongada pero sin que se hayan otorgado capitulaciones ni se haya procedido a la separación o disolución del vínculo matrimonial. Todo ello, claro, sin perjuicio de tercero. Salvo en lo que afecta a terceros -cuyos intereses no pueden desvincularse del modo típico de publicidad que afecta a la vigencia o mutación del régimen económico- entre los cónyuges la separación de hecho “equivale” a la extinción de la sociedad de gananciales desde que aquella tuvo lugar. Bien es verdad que siempre que tal separación sea “seria y duradera” o, sin más, “prolongada”. Así la sentencia [837/2023, de 29 de mayo](#) (M^a de los Á. Parra Lucán).

Las cuestiones procesales no son secundarias y su entendimiento cabal contribuye a conformar los litigios y a satisfacer eficazmente los intereses de los que participan en ellos -les invito a leer el interesantísimo trabajo de J. Picó i Junoy sobre el artículo 400 LEC “El artículo 400 LEC: una norma tan bienintencionada como peligrosa”, [Indret 2 \[2023\]](#), que exige una reflexión pausada, véase los casos quinto y sexto de su epígrafe 2.2 y evitemos el reproche de “autoritarismo normativo” (es una frase huera sin una buena explicación e incomoda, sin razón, a cualquiera que pretenda colocarse en otra posición interpretativa)-.

Así, sobre qué puede hacer y qué no la sentencia y qué significa la congruencia, con estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, véase la sentencia [728/2023, de 16 de mayo](#) (M^a de los Á. Parra Lucán). O cuándo debe reconvenirse y cuándo el tribunal debe resolver sobre las alegaciones defensivas hechas en la contestación de la demanda y su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva como respuesta de fondo a las cuestiones que se suscitan en el proceso: así la sentencia 1000/2023, de 20 de junio (R. Sarazá Jimena), en un caso de contrato de tarjeta *revolving*. O sobre el alcance de la prohibición -o restricción- de la reserva de liquidación de la condena a ejecución de sentencia, la sentencia [759/2023, de 17 de mayo](#) (J.L. Seoane).

5.- En este periodo se han resuelto las cuestiones principales del llamado “cártel de los camiones” -en mayo se celebraron distintas vistas en la sede del Tribunal que pueden verse en [youtube](#): así las sentencias [923/2023, de 12 de junio](#) (R. Sarazá Jimena); [924/2023, de 12 de junio](#) (I. Sancho Gargallo); [925/2023, de 12 de junio](#) (Ignacio Sancho Gargallo); [926/2023, de 12 de junio](#) (I. Sancho Gargallo); [927/2023, de 12 de junio](#) (R. Sarazá Jimena); [928/2023, de 12 de junio](#) (P.J. Vela Torres); [939/2023, de 13 de junio](#) (I. Sancho Gargallo); [940/2023, de 13 de junio](#) (P.J. Vela Torres); [941/2023, de 13 de junio](#) (R. Sarazá Jimena); [942/2023, de 13 de junio](#) (J.M^a Díaz Fraile); [946/2023, de 14 de junio](#) (P.J. Vela Torres); [947/2023, de 14 de junio](#) (J.M^a Díaz Fraile); [948/2023, de 14 de junio](#) (P.J. Vela Torres); [949/2023, de 14 de junio](#) (R. Sarazá Jimena) y [950/2023, de 14 de junio](#) (J.M^a Díaz Fraile).

El cartel de camiones resuelve un asunto -que también llena los armarios del Tribunal, de muchos tribunales de Europa- referido al ejercicio de las acciones de daños nacidas de la existencia de un ilícito concurrencial y que ha enfrentado a cinco fabricantes de camiones con los adquirentes de estos: el daño se cifra en el sobreprecio y, como cabe imaginar, la pieza esencial es la prueba del daño y las distintas conductas -y posibilidades- de las partes sobre ella.

Lo cierto es que su utilidad para la disciplina vigente de estas acciones es relativa (léanse, ahora, los artículos 71-81 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, *de defensa de la competencia*): el pleito concierne a un pasado normativo que ha cambiado mucho y que se regía sin más por el artículo 1902 CC. No obstante, las sentencias adoptan muy interesantes decisiones sobre los más variados asuntos. Como muestra dos botones.

Así, sobre la estimación del daño la sentencia [923/2023, de 12 de junio](#) (R. Sarazá Jimena), en su fundamento de derecho afirma:

“14.- La estimación del daño. Para valorar el alcance del daño producido por el cártel (el sobreprecio pagado por el comprador final del camión) y fijar la indemnización adecuada, es relevante estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia, lo que supone recrear un escenario hipotético (hipótesis contrafactual).

Esta estimación sirve para determinar cuál habría sido el precio del camión en un escenario no cartelizado, cuya comparación con el precio efectivamente pagado daría como resultado el importe del sobreprecio causado por el cártel.

15.- En la sentencia 651/2013, de 7 de noviembre, sobre el cártel del azúcar, hicimos referencia a la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál habría sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita. Esta dificultad es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Así sucede, por ejemplo, en el caso del lucro cesante derivado de un ilícito. Como declaramos en la

sentencia 913/2021, de 23 de diciembre, “la existencia y cuantía del lucro cesante no deja de ser una hipótesis precisada de una demostración adaptada a su naturaleza de probabilidad más o menos intensa de acuerdo con las reglas de la experiencia teniendo en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos (*id quod plerumque accidit*)”.

En la citada sentencia 651/2013, de 7 de noviembre, al aplicar la normativa anterior a la trasposición de la Directiva, afirmamos que esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justifica una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio y que el hecho de que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez.

Por tanto, la facultad del juez de fijar la indemnización del daño producido por la conducta infractora del Derecho de la competencia mediante una estimación ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria del principio de indemnidad del perjudicado propio del art. 1902 CC y del art. 101 TFUE, antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva y de la trasposición al Derecho interno del art. 17.1 de dicha Directiva.

16.- La preocupación por las dificultades que presenta la cuantificación del daño ocasionado por las conductas infractoras del Derecho de la competencia, que pueden ser un obstáculo significativo para el resarcimiento de tales daños y la consecuente eficacia del derecho de los perjudicados al resarcimiento de esos daños, aparece en la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 TFUE y la Guía práctica que le acompañaba, y se reflejó también en los considerandos de la Directiva (por ejemplo, apartados 45 y 46).

17.- La atribución al juez de facultades de estimación de la cuantificación del daño causado por la conducta infractora de la competencia permite superar algunas dificultades propias de la valoración del daño en este campo. El apartado 82 de la citada STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, Volvo y DAF Trucks), al justificar la atribución al juez de estas facultades estimativas en el art. 17.1 de la Directiva, declaró que dicha norma tenía por objeto “flexibilizar el nivel de prueba exigido para determinar el importe del perjuicio sufrido y subsanar la asimetría de información existente en detrimento de la parte demandante afectada, así como las dificultades derivadas del hecho de que la cuantificación del perjuicio sufrido requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado de referencia si no se hubiera producido la infracción”.

La posterior STJUE de 16 de febrero de 2023 (asunto C-312/21, Tráficos Manuel Ferrer, ya citada), en su apartado 53, ha ceñido la aplicación de las facultades de estimación del juez en este campo a “situaciones en que, una vez acreditada la existencia de ese perjuicio respecto de la parte demandante, sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo”.

En esta última sentencia, el TJUE afirma que “en el supuesto de que la imposibilidad práctica de evaluar el perjuicio se deba a la inactividad de la parte demandante, no corresponderá al juez nacional sustituir a esta parte ni suplir su falta de acción” (apartado 57).

18.- En el presente caso, como ya se ha expresado, hay prueba suficiente de que el cártel causó daños, consistentes fundamentalmente en que los compradores de los camiones pagaron un sobreprecio derivado de la artificial elevación de los precios provocada por el cártel. Sin embargo, no hay prueba suficiente de cuál ha sido el importe del sobreprecio porque los tribunales de instancia han considerado que ese extremo no ha quedado

probado por el informe pericial presentado por el perjudicado, que estiman inidóneo para realizar esta cuantificación.

Para decidir si el ejercicio de facultades de estimación del daño realizado en la sentencia apelada ha sido correcto, hay que valorar, siguiendo los criterios fijados en la STJUE de 16 de febrero de 2023 citada, si la imposibilidad práctica de valorar el daño se debió a la inactividad del perjudicado. Y para realizar esta valoración no bastan las consideraciones generales o abstractas, sino que hay que atender a las circunstancias concretas del litigio.

19.- Es cierto que la citada STJUE de 16 de febrero de 2023 hace referencia a la facultad que el art. 5.1 de la Directiva, traspuesto al Derecho interno en los arts. 283.bis.a) y ss. LEC, otorga al demandante de solicitar la exhibición de pruebas por el demandado y por terceros, fundamentalmente de documentos. Pero tal referencia ha de entenderse en el contexto de una cuestión prejudicial en la que, como dato relevante, se exponía que se había realizado tal exhibición de pruebas (que no había conseguido aportar ningún dato relevante para la cuantificación del daño), y no como indicación de que ese fuera el único medio que tiene el demandante para demostrar que no ha sido pasivo en la prueba del importe del daño.

El juez nacional debe valorar los elementos pertinentes, dadas las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, para juzgar el esfuerzo probatorio desplegado por el perjudicado. Entre ellos se encuentra, como uno más de los posibles y no como una exigencia de carácter ineludible, haber hecho uso de las diligencias de acceso a las fuentes de la prueba. Por tanto, esa referencia que hace la citada STJUE a la solicitud de exhibición de pruebas no supone que, de no haberse formulado tal solicitud, necesariamente la falta de prueba sobre el importe del daño sea atribuible a la inactividad del demandante. Y, en cualquier caso, para este juicio sobre la suficiencia del esfuerzo probatorio hemos de situarnos en el momento en que se presentó la demanda, para no caer en un sesgo retrospectivo”.

Y sobre las presunciones judiciales, la sentencia [924/2023, de 12 de junio](#) (I. Sancho Gargallo), fundamento de derecho 3.º, apartado 3:

“En relación con la prueba de presunciones, lo que se somete a control mediante el recurso extraordinario por infracción procesal es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, teniendo en cuenta que queda reservada a la instancia la opción discrecional entre diversos resultados posibles, sin que pueda confundirse la «deducción ilógica» con la «deducción alternativa propuesta por la parte» (por todas, sentencia 208/2019, de 5 de abril, y las que en ella se citan).

Como recuerda la sentencia 366/2022, de 4 de mayo, las presunciones judiciales del art. 386 LEC no suponen una inversión de la carga de la prueba, ni entran en contradicción con las normas que atribuyen las consecuencias de la falta de prueba. Lo que comportan y determinan esas presunciones es la aplicación de la regla de la dispensa de prueba del hecho presunto por la certeza que alcanza el tribunal sobre ese hecho, a la vista del hecho admitido o probado y del enlace preciso y directo entre uno y otro, según las reglas de la sana crítica.

Sobre estas bases, cabe advertir lo siguiente: que en este caso, por razones temporales, no resulte de aplicación la presunción iuris tantum de daño que establece el art. 17.2 de la Directiva y el art. 76.3 LDC que lo traspone («se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario»), no impide la aplicación de la presunción judicial de daño si se cumplen los requisitos del art. 386 LEC. De tal manera que, sin perjuicio de lo que resolveremos al tratar el recurso de

casación, no puede considerarse que la Audiencia Provincial haya infringido dicho precepto si a partir de una serie de hechos, entre los que se encuentra el que se desprende de una interpretación de la Decisión que permite afirmar que hubo acuerdo colusorio sobre fijación de precios (hecho base), deduce racionalmente que debió haber un daño económico como contrapartida al beneficio obtenido por los cartelistas. En este caso, el acierto o desacierto de dicha conclusión excede de lo meramente procesal, al entrañar una valoración jurídica, lo que nos conduce a tratar esta cuestión de forma global en el recurso de casación”.

6.- Mención aparte merece la doctrina, reiterada, que afirma que cuando se ejerce una acción de nulidad por error vicio -en el caso respecto a la opción multidivisa del préstamo con garantía hipotecaria- no cabe pretender la nulidad “parcial” del contrato.

Así en la sentencia [7/2023, de 10 de enero](#) (P.J. Vela Torres) que casa la sentencia y sobre este particular considera que la doctrina se compendia en las sentencias [450/2016, de 1 de julio](#); [66/2017, de 2 de febrero](#); [4/2019, de 9 de enero](#); [490/2020, de 24 de septiembre](#); y [666/2020, de 11 de diciembre](#), todas ellas con ponencia de I. Sancho Gargallo. Como se afirma en la sentencia [559/2019, de 23 de octubre](#) (I. Sancho Gargallo), fundamento de derecho 2.º, apartado 2:

“Sobre la cuestión suscitada por el motivo, si cabe la nulidad por error vicio de un derivado implícito incorporado a un contrato de préstamo hipotecario, sin que afecte a la validez del resto del contrato, nos hemos pronunciado recientemente, en la sentencia [4/2019, de 9 de enero](#) (I. Sancho).

En esta sentencia, retomando la doctrina contenida en dos sentencias anteriores, citadas en el recurso ([450/2016, de 1 de julio](#) [I. Sancho]; [66/2017, de 2 de febrero](#) [Ignacio Sancho]), hacíamos la siguiente consideración:

"en cuanto el derivado implícito sea parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo, como es el caso, el incumplimiento de los deberes de información no puede justificar, como se pretende, la nulidad parcial del contrato por error vicio, sino, en su caso, la de todo el contrato. En la medida en que el interés del préstamo pactado, elemento esencial del contrato, debía fijarse de acuerdo con el derivado implícito y este formaba parte inescindible del préstamo, el error en cuanto a sus riesgos, que repercutiría sobre el "precio" del préstamo, en cuanto fuera relevante, además de excusable, podría dar lugar a la nulidad de la totalidad del contrato, pero no a la nulidad parcial, mediante la supresión del derivado implícito y la integración del contrato mediante la inclusión de un interés variable referenciado al Euribor sin diferencial".

Y concluíamos, como también debemos hacer ahora, que en estos casos en que el derivado implícito es una parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo, no cabe la nulidad parcial del contrato:

"Aunque el incumplimiento de los deberes de información respecto del derivado implícito podría tener incidencia en la apreciación del error vicio, la nulidad por este vicio del consentimiento debía en su caso afectar a la totalidad del contrato y no sólo a la cláusula que contiene un derivado implícito. (...) si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato”.

Como ya he sostenido -y no soy el único, véase F. Pertíñez: *Cuadernos de Derecho y Comercio* 68 [2017], pp. 221 y ss., en su comentario a la sentencia Pleno 608/2017, de 15 de noviembre -que también comenta S. Navas: *CCJC*, 106 [2018]; y, de nuevo, F. Pertíñez: *RCDI*, 761 [2017], pp. 1197 y ss.- la solución puede ser dogmáticamente coherente (salva el sistema, si es que este merece ser salvado) pero no es práctica.

Lo que le importa al litigante es deshacerse, pese a lo que diga el art. 1300 CC (irreprochable, de nuevo, dogmáticamente), de la lesión que padece, sea o no objeto principal del contrato. Y no del contrato: la nulidad total, con su liquidación -arts. 1303 ss. CC- “perjudica notablemente al que impugna con razón bastante (razón que se le da)”.

Así, véase, el comentario que hiciera a la sentencia [559/2019, de 23 de octubre](#) (I. Sancho Gargallo); en *CCJC*, 113 (2020); y el de A. Mora Astaburuaga: *CCJC*, 116 (2021) a la sentencia [666/2020, de 11 de diciembre](#) (I. Sancho Gargallo).